

PAULO MAX CAVALCANTE DA SILVA

**A CONSTITUCIONALIDADE DA PERDA AUTOMÁTICA DE
MANDATO PARLAMENTAR POR DECISÃO JUDICIAL
TRANSITADA EM JULGADO**

PAULO MAX CAVALCANTE DA SILVA

**A CONSTITUCIONALIDADE DA PERDA AUTOMÁTICA DE
MANDATO PARLAMENTAR POR DECISÃO JUDICIAL
TRANSITADA EM JULGADO**

Trabalho apresentado como pré-requisito à
obtenção de grau no curso de Direito da
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do
Centro Universitário de Brasília.

Orientadora: Professora MSc. Aléssia Barroso
Lima Brito Campos Chevitarese

Brasília
2014

PAULO MAX CAVALCANTE DA SILVA

**A CONSTITUCIONALIDADE DA PERDA AUTOMÁTICA DE
MANDATO PARLAMENTAR POR DECISÃO JUDICIAL
TRANSITADA EM JULGADO**

Trabalho apresentado como pré-requisito à
obtenção de grau no curso de Direito da
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do
Centro Universitário de Brasília.
Orientadora: Professora MSc. Aléssia Barroso
Lima Brito Campos Chevitarese

Brasília DF, 7 de novembro de 2014

Banca Examinadora

Professora MSc Aléssia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese
Orientadora

Professora Dr^a Luciana Musse
Examinadora

Professora Dr^a Aline Albuquerque Sant'anna de Oliveira
Examinadora

Primeiramente agradeço a Deus por mais esta conquista em minha vida. Agradeço a minha família, e especialmente a minha mãe, que com amor e muito esforço dedicou preciosos anos de sua vida a minha formação. Agradeço aos amigos pelo apoio e pela compreensão nos momentos difíceis de abdicação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Professora Aléssia por tão bem ter me orientado no decorrer da elaboração deste trabalho. Agradeço por ter sido esta docente exemplar que tanto influenciou na minha formação, desde os ensinamentos de Introdução ao Estudo do Direito, passando por Filosofia do Direito, até esta orientação.

“Nos casos extremos e desesperados, também
o povo, nós todos, somos uma parte integrante
da constituição.”

Ferdinand Lassalle

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar a hipótese da perda do mandato parlamentar decorrente de decisão criminal transitada em julgado a partir de pesquisa bibliográfica. Levando-se em consideração o protagonismo a ser desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal em nossa época, buscar-se-á a dialética entre a tese que defende a perda automática do mandato parlamentar, como sendo esta apenas consequência da decisão judicial, e a que se posiciona a favor da prerrogativa do Legislativo de decidir a respeito da manutenção do mandato. O estudo dos dispositivos constitucionais envolvidos se faz necessário, buscando-se o verdadeiro sentido da Constituição como unidade. Ademais, o debate constitucional proporciona um estudo do instituto do mandato parlamentar sob a perspectiva democrática e republicana. Outrossim, a decisão do judicial que venha a decretar a perda do mandato é estudada sob o enfoque do Ativismo Judicial, do papel que o Supremo Tribunal Federal deve exercer, segundo o Parlamentarismo Limitado de Bruce Ackerman, e à luz da criação judicial do direito preconizada por Inocêncio Mártires Coelho. Concluindo-se pela possibilidade da perda do mandato parlamentar pela simples decisão judicial transitada em julgado.

Palavras-Chave: Perda do mandato parlamentar. Condenação criminal. Supremo Tribunal Federal. Ativismo judicial. Criação judicial do direito.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 ESTATUTO CONGRESSISTA	12
1.1 Perda do mandato e suas hipóteses de incidência.....	15
1.2 Formação histórica do artigo 55, VI, § 2º da Constituição da República de 1988	22
2. CONFLITO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL QUANTO À PERDA DE MANDATO PARLAMENTAR DECORRENTE DE DECISÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO	27
2.1 Conflito gramatical entre as normas constitucionais	27
<i>2.1.1 Perda do mandato dependente de deliberação da Casa Legislativa do parlamentar</i>	<i>28</i>
<i>2.1.2 Perda do mandato automática</i>	<i>35</i>
3. ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO FRENTE AO CONFLITO CONSTITUCIONAL	42
3.1 Teoria da Separação dos Poderes “revisitada”	43
3.2. Ativismo judicial ou criação judicial do direito	50
4. INOVAÇÃO CONSTITUCIONAL	59
4.1 Proposta de Emenda à Constituição nº 18, de 2013, no Senado (nº 313/2013, na Câmara dos Deputados).....	59
<i>4.1.1 Alterações da proposta inicial.....</i>	<i>66</i>
<i>4.1.2 Aprovação da Proposta de Emenda à Constituição no Senado</i>	<i>70</i>
CONCLUSÃO.....	75
REFERÊNCIAS	77

INTRODUÇÃO

Inicialmente, o tema me chamou a atenção quando foram condenados no primeiro julgamento da Ação Penal nº 470, vulgo “Mensalão”, réus detentores de mandato parlamentar, em meados de 2012. Quanto ao assunto deste trabalho, foi discutido no Plenário do Supremo Tribunal Federal se estes condenados criminalmente com trânsito em julgado teriam seus mandatos perdidos automaticamente desde a condenação ou se necessitaria de deliberação da Câmara dos Deputados, cujo Plenário decidiria pela perda ou não do mandato.

Já em junho de 2013, houve a prisão efetiva do Deputado Federal Natan Donadon por peculato e formação de quadrilha, e a questão, que na Ação Penal nº 470 só seria definitivamente solucionada quando sobreviesse condenação definitiva, mostrou-se clarividente perante a sociedade e ao corpo jurídico do País, com a manutenção do mandato parlamentar de Donadon, mesmo estando preso na Papuda, penitenciária de Brasília-DF.

Ademais, a condenação, também no âmbito do Supremo Tribunal Federal - STF, do Senador Ivo Cassol, por fraude em licitação, repercutiu no meio social, tendo ocorrido, durante o julgamento da Ação Penal nº 565, a mudança de entendimento sobre a perda de mandato de parlamentar condenado criminalmente. Nesse contexto de profunda instabilidade na interpretação da Constituição, eu, como Técnico Legislativo do Senado Federal, especializado em Processo Legislativo, pude verificar na prática legislativa como que estas decisões do Supremo Tribunal Federal - STF interferiam na realidade das atividades parlamentares, sentindo-me, portanto, motivado pessoalmente a analisar o problema.

O problema que este trabalho busca analisar, a partir da pesquisa bibliográfica, consiste na possibilidade de o STF decretar a perda do mandato parlamentar desde a condenação criminal, em confronto ao que está disposto no Art. 55 §2º da Constituição Federal, que confere ao Poder Legislativo a prerrogativa desta decisão. Assim, tem-se como objetivo estudar os parâmetros constitucionais que respaldam a decisão judicial que por si só decreta a perda do mandato do parlamentar condenado. Sendo o problema central: a decretação da perda do mandato Parlamentar por decisão judicial, proveniente de condenação criminal transitada em julgado, estaria extrapolando as competências do Poder Judiciário, ferindo a Teoria da Separação dos Poderes e incidindo em Ativismo Judicial ? Tomando-se como postulado a possibilidade da perda do mandato parlamentar apenas com a decretação do STF em sede de condenação criminal transitada em julgado.

Durante o lapso temporal que une os três casos supracitados, cerca de 1 ano, sendo esta dinâmica jurisprudencial analisada no primeiro capítulo deste trabalho, mudou-se de entendimento na Corte sobre a necessidade ou não de a Casa legislativa respectiva decidir sobre a perda do mandato parlamentar, tendo em vista a condenação criminal, demonstrando que nas duas posições divergentes há argumentos jurídicos sólidos e plausíveis.

Outro fator de fundamental importância para a pesquisa foi a análise jurídica do tema, tendo como enfoque a forte participação da opinião pública no acompanhamento das causas em comento. A imprensa rotineiramente noticiava fatos relevantes dos processos, assim como repercutia, através de pesquisas de opinião popular e outros meios, como as decisões e posicionamentos do STF, Câmara dos Deputados e Senado Federal eram vistos perante a massa popular.

A jurisprudência no âmbito do STF tem sido inconstante quanto à aplicabilidade, no que tange à perda de mandato parlamentar decorrente de decisão criminal transitada em julgado, dos artigos 15 e 55 da Constituição Federal. Ora se decide pela automaticidade de perda de mandato parlamentar, ora pela necessidade de deliberação da Casa Legislativa para que o parlamentar condenado perca o mandato.

Na atual conjuntura, predominantemente, o STF tem se manifestado no sentido de que cabe ao Parlamento a palavra final na decisão de manutenção ou não do mandato parlamentar, ou seja, após a condenação por decisão criminal transitada em julgado, caberá ao Pleno da Casa Legislativa deliberar sobre a perda do mandato. Ou seja, apenas a decisão criminal transitada em julgado, por si só, não é capaz de determinar a perda do mandato eletivo do Parlamentar Federal, devendo a Câmara dos Deputados ou o Senado, conforme o caso, ser notificado para que deliberem acerca da manutenção do mandato.

Este entendimento foi adotado pela Corte Suprema no julgamento do Senador Ivo Cassol¹, o qual juntamente com outros oito réus, foi condenado pelo crime de fraude a licitação, em sede da Ação Penal nº 565/RO². Esta mudança hermenêutica radical frente ao posicionamento anterior do STF, em um curto período de tempo, pode ser justificada pela mudança da composição do Tribunal, que ocasionou no ingresso dos Ministros Teori Zavaski

¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Relatora vota pela condenação do senador Ivo Cassol por fraude a licitação*. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=245102>>. Acesso em: 16 abr 2014.

² O STF adotou esta corrente no julgamento do Senador Ivo Cassol (AP 565/RO, rel. Min. Cármen Lúcia, 7 e 8.8.2013).

e Luis Roberto Barroso, os quais se alinham ideologicamente à tese adotada atualmente pelo Supremo.

A corrente interpretativa contrária à exposta anteriormente, que possui um dos principais defensores o Ministro Gilmar Mendes, é a que integra alguns dispositivos constitucionais a fim de dar efetividade imediata à perda do mandato parlamentar, decorrente de decisão criminal transitada em julgado, como consequência natural da suspensão dos direitos políticos, não tendo a necessidade de a decisão judicial se submeter em parte à deliberação do legislativo para que venha gerar todos os seus efeitos.

A tese contramajoritária argumenta no sentido de que se a suspensão de direitos políticos acarreta na impossibilidade de se eleger, consequentemente, a perda do mandato seria automática, bastando a sua determinação expressa na decisão. Pois, não poderia permanecer no posto de representante do povo quem não cumprisse requisitos mínimos de admissão à candidatura. A lógica seria de que se um cidadão não tem capacidade de se candidatar por descumprir exigência constitucional, qual seja, não estar no gozo dos seus direitos políticos, quiçá permanecer no exercício de mandato concedido a ele pela vontade popular.

Diante deste aparente conflito de normas, verificar-se-á, no segundo capítulo, qual solução mais se coaduna com a Constituição e seus princípios norteadores. Enquanto a posição precariamente dominante no STF é de que a decisão sobre a perda do mandato parlamentar caberá à deliberação do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados, os oposicionistas a esta tese defendem que a participação dessas Casas Legislativas seria apenas a de cancelar, mediante ato formal de simples declaração da respectiva Mesa Diretora, a perda do mandato, já decidida no âmbito do Poder Judiciário.

Dentre argumentos que serão utilizados pelos defensores das diferentes teses a seguir expostas ao longo deste trabalho, estão a perda automática do mandato, decorrente da suspensão dos direitos políticos, contrapondo-se ao Princípio da especialidade aplicada ao Estatuto dos congressistas quando posto em sintonia com normas constitucionais de elegibilidade de caráter geral. Isto é, a decisão criminal transitada em julgado imputada a parlamentar deverá, por si só, determinar a perda do mandato eletivo do condenado, como sendo um efeito específico da condenação, nos termos do artigo 92 do Código Penal, ou, em que pese determinação judicial, a manutenção do mandato parlamentar deverá ser decidida pela Casa legislativa a que o parlamentar condenado pertence?

No capítulo 3, verificar-se-á a possibilidade de utilização do ativismo judicial como instrumento capaz de superar possíveis incongruências da norma literalmente posta frente a princípios basilares de uma república fundada na democracia. Constatar-se-á quais seriam os limites para a atuação pró-ativa do Judiciário ao incursionar em atividade precipuamente do Poder Legislativo. A partir da Teoria da Separação dos Poderes, buscar-se-á o enfrentamento com a mesma, mostrando que a inexistência de vácuo no poder e a busca pela supremacia da Constituição fazem com que o STF assuma papel determinante na preservação de princípios democráticos, dando nova feição à separação rígida dos poderes.

O protagonismo do Poder Judiciário, seja pela descrença popular no Poder Legislativo ou pela carência de normas que deem efetividade aos anseios sociais, colocam em evidência este Poder neste começo de século. Ao longo deste trabalho, será analisado como podem conviver o ativismo judicial e a teoria clássica da separação de poderes, sendo esta contextualizada no dinamismo que a atividade constitucional exige, em um mesmo momento histórico-social, e como se configuraria teoricamente esta conjugação de teses aparentemente antagônicas.

Logo, será verificado se a decretação da perda do mandato pelo STF configura o que tem se chamado de Ativismo judicial ou se é o resultado normal da hermenêutica constitucional que se exige da Corte Suprema nos dias atuais, caracterizando a criação judicial do direito.

Por fim, no âmbito do capítulo 4, será analisada o que o Congresso Nacional tem feito para melhor adequar a Constituição às expectativas da sociedade na busca pela justiça no trato com parlamentares que tenham sido condenados criminalmente. A Proposta de Emenda à Constituição nº 18, de 2013, que possui como primeiro signatário o Senador Jarbas Vasconcellos, visava inicialmente tornar automática a perda de mandato parlamentar de quem tenha sido condenado criminalmente de forma definitiva. Entretanto, ao ser analisada pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, algumas alterações foram efetuadas, alterando a PEC original.

1. ESTATUTO CONGRESSISTA

A Constituição Federal traz em seu bojo dispositivos que visam à proteção do exercício parlamentar, estabelecendo prerrogativas aplicáveis aos detentores de mandato eletivo, mais especificamente aos Deputados Federais e aos Senadores, e pelo Princípio da Simetria, aos Deputados Estaduais e Distritais. Essas prerrogativas consistem na concessão de garantias institucionais a fim de que seja preservada a atividade legislativa e o Estado Democrático de direito.

O Estatuto Congressista é um conjunto de normas trazidas pela Constituição Federal que tem como escopo assegurar o livre exercício da atividade legiferante pelo Congressoista, estatuinando “o regime jurídico dos membros do Congresso Nacional, prevendo suas prerrogativas e direitos, seus deveres e incompatibilidades”³. Essas determinações constitucionais estão expressas entre os artigos 53 e 56 da Carta Magna, na Seção V, “Dos Deputados e dos Senadores”, e dispensam aos Parlamentares tratamento diferenciado na aplicação de algumas regras civis e penais.

Estes artigos expressos na Constituição Federal buscam tornar a aplicação das normas gerais aos parlamentares excepcional, pois lhes garantem, em razão do exercício do mandato, algumas vantagens que o cidadão que não está empossado de uma outorga popular não possui. Dentre essas prerrogativas, estão as imunidades material e formal. Enquanto a primeira exclui o parlamentar de responsabilidade civil ou penal pela emissão de suas opiniões, a segunda garante ao parlamentar o direito de não ser preso. Embora haja essas prerrogativas, cabe ressaltar que as imunidades, vantagens adquiridas em função do exercício parlamentar, não podem ser confundidas com privilégios de ordem pessoal.

Nesse sentido, salienta Paulo Gustavo Gonet Branco que:

“A imunidade não é concebida para gerar um privilégio ao indivíduo que por acaso esteja no desempenho de mandato parlamentar; tem por escopo, sim, assegurar o livre desempenho do mandato e prevenir ameaças ao funcionamento normal do Legislativo.”⁴

Ou seja, aquela imunidade concebida a determinado Parlamentar é uma proteção ao próprio povo que por ele está sendo representado, ao cidadão, o qual deseja ver o seu

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2009. p. 535.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 942.

representante atuando na defesa de seus interesses com uma liberdade constitucionalmente garantida.

É imunidade material a prerrogativa disposta no caput do artigo 53 da Constituição Federal, segundo o qual, “Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.” Pelo exposto anteriormente, aduz-se que esta garantia é válida desde que as opiniões tenham sido proferidas em razão do mandato. Alinhado a esse pensamento a jurisprudência se manifestou no sentido de que nas “ofensas irrogadas fora do parlamento é de se perquirir da chamada conexão com o exercício do mandato ou com a condição parlamentar”,⁵ enquanto que em manifestações orais ocorridas no recinto parlamentar não há a necessidade da comprovação desse vínculo, pois é presumidamente considerado⁶.

Já a imunidade formal, como dito, é a que garante ao congressista “não ser preso ou não permanecer preso, bem como a possibilidade de sustar o processo penal em curso contra ele.”⁷ Dispõe a Carta Magna:

“artigo 53.

[...]

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

§ 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.”⁸

Depreende-se deste dispositivo a impossibilidade, salvo em casos de flagrante de crime inafiançável, de o parlamentar ter a prisão decretada. Todavia essa vedação à prisão comporta exceção e a única possibilidade de prisão processual, em caso de flagrante delito de crime inafiançável, deve ser submetida a um rito especialíssimo inserido no ordenamento jurídico pelo Constituinte derivado através da Emenda Constitucional nº 35, de 2001.

A vedação à prisão protege o parlamentar de, antes mesmo de tomar posse, desde a expedição do diploma pelo Tribunal Superior Eleitoral – TSE, ser preso antes de decisão

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p 942.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p 942.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p 943.

⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 10 jan 2014.

judicial transitada em julgado. Salienta-se que é entendimento pacificado, no âmbito do STF, que a imunidade formal protege o congressista apenas contra prisão processual, sendo plenamente possível a prisão advinda de condenação criminal transitada em julgado.

O relator Celso de Mello assim argumentou em sede de inquérito:

“Dentro do contexto normativo delineado pela Constituição, a garantia jurídico-institucional da imunidade parlamentar formal não obsta, observado o *due process of law*, a execução de penas privativas da liberdade definitivamente impostas ao membro do Congresso Nacional. Precedentes: RTJ 70/607.”⁹

Diante da interpretação teleológica do dispositivo que normatiza a imunidade formal, vislumbra-se que o objetivo seria alcançar a proteção do parlamentar contra possíveis injustas restrições da liberdade, as quais pudessem prejudicar o exercício de sua função representativa. Desta forma, as prisões definitivas não serão obstadas pela imunidade formal, pois para se chegar à prisão definitiva foi, presumidamente, obedecido todo o devido processo legal, com as garantias da ampla defesa e do contraditório. Ademais, admitir a obstaculização da execução da pena de restrição de liberdade contra um parlamentar condenado criminalmente, através de uma garantia atribuída ao congressista em razão do exercício da função para a preservação deste, seria subverter o fim da norma.

Outro ponto deste dispositivo se refere à possibilidade de que a ação criminal movida contra parlamentar que tenha sido preso em flagrante seja sustada. Após a prisão em flagrante pelo suposto cometimento de crime inafiançável, os autos do processo serão remetidos à Casa respectiva no período subsequente de vinte e quatro horas, tendo a chance de resolver a prisão pelo voto da maioria dos seus membros. Posteriormente, recebida pelo STF a Ação penal, a respectiva Casa legislativa poderá sustar o seu andamento, desde que o processo de sustação tenha sido iniciado por partido político nela representado e que os Deputados ou Senadores, conforme o caso, decidam por maioria de seus membros. Até o ano de 2001, esse procedimento não era assim, tendo sido modificado pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001.

A Emenda Constitucional nº 35, de 2001, trouxe uma relevante modificação constitucional no âmbito do estatuto dos congressistas. Antes dela, para que fosse instaurado processo criminal contra parlamentar depois deste ter sido diplomado, seria necessária uma autorização prévia da Casa legislativa a que o Parlamentar pertencesse. Depois de sua promulgação, não mais se faz necessária tal autorização prévia, sendo apenas permitida a

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p 944.

sustação do andamento da ação. Esta inovação do Constituinte derivado trouxe à positivação uma reivindicação social que se fazia há tempos. A pressão de entidades civis e da opinião pública modificou o trâmite da instauração de processo criminal contra parlamentar.

Além dessas importantes proteções ao livre exercício do mandato parlamentar, as imunidades materiais e formais, o Estatuto dos congressistas também traz a prerrogativa de foro, segundo o qual o congressista que for, após diplomação, processado criminalmente, deverá sê-lo perante o STF¹⁰, e as hipóteses taxativas de perda do mandato parlamentar, as quais a seguir serão explanadas.

1.1 Perda do mandato e suas hipóteses de incidência

O mandato parlamentar é o meio pelo qual os cidadãos de determinada sociedade fazem com que seus anseios e preocupações tenham legítimo representante. É um instituto de importância ímpar na democracia, visto que não se faz possível o exercício direto da soberania individual de cada membro da população, sendo necessário a intervenção de autoridades legitimadas pelo processo eleitoral. Assim, a perda do mandato parlamentar não atinge somente ao detentor do cargo representativo, mas interfere no processo decisório de milhares de cidadãos, os quais, por escolha voluntária e consciente, optaram por aquele parlamentar como representante dos seus interesses. Desta forma, as hipóteses de perda do mandato são somente as estabelecidas taxativamente no Art. 55 da Constituição Federal, sendo impossibilitada a interpretação extensiva do dispositivo.

Nesse contexto de proteção ao exercício dos legisladores, o Constituinte estipulou quais as hipóteses em que o congressista poderia perder o mandato. São elas:

“artigo 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:
 I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;
 II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;
 III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;
 IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;
 V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;
 VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.”¹¹

Inicialmente, a Constituição trata de atribuir sanção àquele que infringir as vedações expressas no artigo 54¹². No Art. 54 da Carta Magna, estão dispostas de modo

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p 945.

¹¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 10 jan 2014.

taxativo as hipóteses de incompatibilidades com o exercício parlamentar, podendo estas ser funcionais, negociais, políticas e profissionais¹³. Estas proibições, seguidas da possibilidade sancionatória da perda do mandato parlamentar, visam a busca por um mandato independente, desnudado de pressões de determinados setores da sociedade. Objetiva-se a moralidade no exercício da função pública, dificultando o distanciamento do interesse público e a aproximação da utilização do mandato parlamentar para benefício próprio¹⁴.

Em um segundo momento, fica estabelecido que aquele que proceder contrariamente ao decoro parlamentar perderá seu mandato. Entendendo-se ser incompatível com o decoro parlamentar “o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas”.¹⁵ Quanto a esta possibilidade de perda de mandato, cumpre destacar que o STF já se posicionou pela não análise judicial sobre os motivos que ensejaram a perda do mandato em razão da quebra do decoro:

“Ato da Câmara dos Deputados. Constituição, art, 55, inciso II. Perda de mandato de Deputado Federal, por procedimento declarado incompatível com o decoro parlamentar.(...) Inviável qualquer controle sobre o julgamento do mérito da acusação feita ao impetrante, por procedimento incompatível com o decoro parlamentar.”¹⁶

Como terceira hipótese de perda de mandato, o constituinte estipulou um requisito objetivo para a manutenção do mandato eletivo, a frequência mínima superior a 2/3 (dois terços) de comparecimento às sessões ordinárias. Isto é, caso o parlamentar deixe de

¹² “Os Deputados e Senadores não poderão: I - desde a expedição do diploma: a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes; b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que sejam demissíveis "ad nutum", nas entidades constantes da alínea anterior; II - desde a posse: a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada; b) ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis "ad nutum", nas entidades referidas no inciso I, "a"; c) patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere o inciso I, "a"; d) ser titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo.” BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 12 jan 2014.

¹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 535.

¹⁴ CALIMAN, Auro Augusto. *Mandato Parlamentar: Aquisição e perda antecipada*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 123.

¹⁵ Disposição do artigo 55 da Constituição Federal: [...] § 1º - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 12 jan 2014.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 945. MS 21861, Rel. Min Néri da Silveira, DJ 21-9-2001.

comparecer à terça parte das sessões ordinárias da Casa legislativa a que pertença, terá decretada pela Mesa a perda do mandato¹⁷.

A título exemplificativo, o Senado Federal possui ordinariamente, conforme disposto no artigo 154 do Regimento interno, quatro tipos de sessões¹⁸, quais sejam as deliberativas, não deliberativas, especiais e as de debates temáticos¹⁹. Sendo que a grande diferença entre elas é a presença da ordem do dia, um período da sessão destinado à deliberação de matérias. A sessão deliberativa ordinária possui ordem do dia e ocorrerá às terças, quartas e quintas. Ou seja, salvo as faltas justificadas pela presença do parlamentar em missão na qual esteja representando interesses do mandato ou pela concessão de licenças, conforme determina a própria Constituição Federal, se o parlamentar comparecer apenas às terças e quartas, ainda assim se manterá no mandato.

Superada esta terceira hipótese, analisar-se-á a perda do mandato eletivo como consequência jurídico-lógica da suspensão ou perda dos direitos políticos. Nesse contexto, far-se-á uma revisitação às bases jurídicas e sociais que fundamentem a essência destes direitos.

Para Gomes, direitos políticos são “as prerrogativas e deveres inerentes à cidadania. Englobam o direito de participar direta ou indiretamente do governo, da organização e do funcionamento do Estado”²⁰. Já Mendes os conceitua como sendo “aquelas prerrogativas que permitem ao cidadão participar na formação e comando do governo”^{21 22}. Através de ambas definições, é possível identificar o inerente relacionamento entre direitos políticos e democracia. Pois somente sendo possuidor de direitos políticos é que será possível

¹⁷ Disposição do artigo 55, §3º, da Constituição Federal. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 jan 2014.

¹⁸ BRASIL. *Resolução nº 93, de 1970*. Regimento Interno do Senado Federal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/regs/RegInternoSF_Vol1.pdf> Acesso em: 15 abril 2014.

¹⁹ BRASIL. *Resolução nº 03, de 8 de março de 2013*. Institui as sessões de debates temáticos no Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=124530&tp=1>> Acesso em: 15 abr 2014.

²⁰ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 4-5.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 288-289.

²² Percebe-se que o termo governo não está sendo empregado com o sentido habitualmente empregado no do dia a dia do Poder Legislativo, ou seja, não se refere à cúpula do Poder executivo, nem à sua base aliada. Após breve digressão sobre como era compreendida a política desde a Grécia antiga, vida pública dos cidadãos, Gomes constata que “Modernamente consolidou-se a ligação de “política” com “governo”. Assim, o termo é associado ao que concerne à *polis*, ao Estado, ao governo, à arte ou ciência de governar, de administrar a *res pública*, de influenciar o governo, suas ações ou o processo de tomada de decisões.” Isto é, parlamentares, potenciais influenciadores da tomada de decisão do chefe do poder executivo, fazem parte do “comando do governo”. GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 3.

ter participação no processo de formação de um governo representativo, seja diretamente, como cidadão através da votação de plebiscito, por exemplo, ou indiretamente, através da escolha de seus representantes. Nesse contexto, depreende-se que a imposição de perda ou suspensão dos direitos políticos a algum cidadão, o impedirá de participar de todo o processo democrático, já que os direitos políticos estão totalmente ligados à ideia da democracia, participação do povo²³ no governo.

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 15, taxativamente, as hipóteses de perda e suspensão dos direitos políticos. *In verbis*:

“artigo 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II - incapacidade civil absoluta;

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do artigo 5º, VIII;

V - improbidade administrativa, nos termos do artigo 37, § 4º.”²⁴

O cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado gera a perda do mandato parlamentar em razão da perda dos direitos políticos. Para ter a cidadania brasileira, faz-se necessário ter a nacionalidade pátria, seja o Parlamentar considerado nato ou naturalizado. O parlamentar que foi eleito, certamente só o foi por estar em gozo dos seus direitos políticos, os quais serão perdidos com o cancelamento na naturalização. Assim, caberá a Mesa da Casa a que pertencer declarar a perda do mandato parlamentar em razão do cancelamento da naturalização.

Outra hipótese da supressão dos direitos políticos ocorre quando há a superveniência de incapacidade civil absoluta, sendo considerados absolutamente incapazes para o exercício da vida civil:

²³ “Note-se que a esse termo – povo – não se deixa de ser vago, prestando-se a manipulações ideológicas. No chamado “século de Péricles” (século V a.C.), em que Atenas conheceu o esplendor de sua democracia, o povo não chegava a 10% da população, sendo constituído apenas pela classe dos atenienses livres; não o integravam comerciantes, artesãos, mulheres, escravos e estrangeiros. Essa concepção restritiva era generalizada nos Estados antigos, inclusive em Roma, onde a plebe não detinha direitos civis nem políticos. Aí a *res publica* era o solo omano, distribuído entre famílias fundadoras da *civitas*, os *Partres* ou Pai Fundadores, de onde surgiram os Patrícios, únicos a quem eram conferidos direitos civis e cidadania; durante muito tempo a plebe se fazia ouvir pela voz solitária de seu Tribuno, o chamado Tribuno da Plebe. Para os revolucionários franceses de 1789, o povo não incluía o rei, nem a nobreza, tampouco o clero, mas apenas os integrantes do Terceiro Estado – profissionais liberais, burgueses, operários e camponeses. Na ótica comunista (marxista), o povo restringe-se à classe operária, dele estando excluídos todos os que se oponham ou resistam a tal regime.” GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 9 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013. p. 4.

²⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 10 jan 2014.

“Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
 I - os menores de dezesseis anos;
 II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
 III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.”²⁵

Nesse contexto, percebe-se que a suspensão dos direitos políticos proveniente da incapacidade absoluta só poderá ocorrer nos casos descritos nos incisos II e III, tendo em vista que menores de dezesseis anos não possuem capacidade para se candidatar a cargo algum. Desta forma, o ocasionamento de uma enfermidade, deficiência mental ou outra causa transitória que atinja o parlamentar comprometendo suas atividades mais básicas importará na suspensão dos direitos políticos e na consequente perda do mandato parlamentar. Daí, este é um mecanismo que busca “tutelar o instituto da representação política albergando-o sob o manto do discernimento e da plenitude da função cognoscitiva para a prática dos atos legislativos”²⁶.

No que se refere ao inciso IV do Artigo 15 da Constituição, vale destacar que é garantida a liberdade de filosófica, política e religiosa, nos moldes do que dispõe o Art. 5º VIII da Constituição Federal, todavia, em razão das convicções individuais de cada pessoa, é vedado o descumprimento de norma a todos imposta e também o de prestação alternativa estabelecida em lei. Como força sancionatória, o não cumprimento dessas obrigações implicará em suspensão dos direitos político, e consequentemente a perda do mandato parlamentar.

No que tange à condenação por improbidade administrativa como uma das causas de suspensão dos direitos políticos, inicialmente, vale frisar sua conceituação:

“[...]corrupção administrativa, que sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo ‘tráfico de influência’ nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos.”²⁷

Isto é, a prática de improbidade administrativa é conduta totalmente contrária aos preceitos do instituto da representação popular, pois desvirtua totalmente a democracia e o trato da coisa pública para melhor servir à população, e em especial àqueles que confiaram o

²⁵ BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 10 mar 2014.

²⁶ CALIMAN, Auro Augusto. *Mandato Parlamentar: Aquisição e perda antecipada*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 123.

²⁷ PAZZAGLINI FILHO, Marinho; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1999. p.39.

voto ao parlamentar. Tanto é assim que dentre as possíveis penalidades a serem aplicadas ao agente da conduta ilícita está a suspensão dos direitos políticos pelo prazo que varia conforme a infração cometida, podendo as infrações incidirem em enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e ação contrária aos princípios da Administração pública²⁸.

Em que pese a existência de argumentos contrários à vinculação da decisão declaratória da perda do mandato, em razão da suspensão dos direitos políticos, fato é que o § 3º do Art. 55 da Constituição Federal estabelece que caberá a declaração da perda do mandato à Mesa, não havendo discricionariedade neste ato, devendo este apenas concretizar a perda do mandato em razão da suspensão dos direitos políticos proveniente da condenação por improbidade administrativa. Trata-se de mera decisão declaratória não cabendo à Casa Legislativa qualquer juízo político sobre a perda do mandato, devendo esta apenas ser concretizada mediante ato solene de declaração.

Argumento contrário a esta tese é o que se refere à garantia da ampla defesa expressa no texto constitucional como sendo uma sinalização aos Poderes instituídos que mesmo após a condenação judicial e a fixação da pena da suspensão dos direitos políticos, o parlamentar condenado por improbidade administrativa passará pelo crivo dos seus pares de parlamento:

“Caso o problema seja remetido para a Mesa conforme o parágrafo 3º, a matéria será ali discutida e, como o texto afirma ‘assegurada ampla defesa’, o que revela implicitamente os integrantes daquela deverão discutir a questão aceitando ou não os argumentos do acusado. A Mesa, portanto, não funciona apenas como um cartório para registrar o julgamento do Supremo Tribunal Federal[...]”²⁹

Todavia a expressão ampla defesa não necessariamente está atrelada à concepção de convencimento da outra parte para mudar de decisão tornando-a divergente da que foi tomada pelo judiciário. A ampla defesa pode se referir a indicação de erros meramente formais que tenham ocorrido durante o procedimento regimental de declaração de perda do mandato, dentro da Casa Legislativa a que pertence. Esta garantia constitucional para se defender do fato ímprobo a ele imputado já foi respeitada no âmbito judicial, pois se assim não tivesse sido, todo o processo judicial teria sido declarado nulo.

²⁸ BRASIL. *Lei 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm > Acesso em: 12 set 2014.

²⁹ ANDRADA, Bonifácio de. *A perda do mandato*: Câmara dos Deputados e Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 19.

Ademais, outra hipótese de suspensão dos direitos políticos é a condenação criminal transitada em julgado, sendo que este inciso do Art. 15 é um dos principais protagonistas da discussão aqui travada. Nesse sentido, logo voltaremos a estudá-lo, só que em consonância com o Art. 55 VI, o qual se refere à condenação criminal.

Voltando às hipóteses de perda do mandato elencadas no Art. 55 da Constituição, a Justiça eleitoral poderá decretar a perda do mandato parlamentar, e à Casa Legislativa a que este pertence somente caberá a declaração desta perda, não cabendo juízo de valor algum para manutenção do mandato representativo. A Justiça eleitoral somente poderá decretar a perda do mandato em casos que encontrem respaldo no texto constitucional, já que no inciso referente a esta hipótese consta a expressão “nos casos previstos nesta Constituição”. Assim, salienta-se o que Auro Augusto Caliman dispõe sobre o assunto, trazendo à lume quais são as possibilidades constitucionais de a Justiça eleitoral decretar a perda do mandato:

“Para bem se compreender o sentido da expressão é preciso recorrer-se à interpretação sistemática da matéria. Verifica-se, pois, que a competência da Justiça Eleitoral para “decretar” a perda do mandato parlamentar abrange a decisão final na ação de impugnação de mandato eletivo (art. 14, §§ 10 e 11 da CF) e as decisões relativas à inelegibilidade de candidatos e anulação de diplomas eleitorais (art. 121, §4º, III e IV da CF). Essas últimas competências de decretação da perda do mandato parlamentar são inferidas das hipóteses de admissibilidade de recursos de decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais”.³⁰

Logo, somente quando se tratar de ação de impugnação de mandato eletivo, e de decisões referentes à inelegibilidade ou anulabilidade dos diplomas eleitorais é que a Justiça eleitoral poderá decretar a perda do mandato parlamentar, cabendo à Casa Legislativa apenas a simples declaração solene da perda do mandato.

Por fim, o foco principal deste trabalho, a hipótese de perda de mandato parlamentar decorrente de condenação criminal transitada em julgado, merece uma análise mais minuciosa que passará, além da interpretação literal da norma posta, mas também pelas análises sistemática, teleológica e histórica. Após a condenação criminal, segundo o disposto no inciso VI do Art. 55 da Carta Magna, caberá à Casa Legislativa a que pertence o Parlamentar decidir se o parlamentar deve ou não permanecer nos quadros da Casa. Regra esta que se contrapõe à disposição estabelecida no Art 15 III, já que a condenação criminal é motivo ensejador de suspensão dos direitos políticos, e esta suspensão gera a perda automática do mandato parlamentar. Nesse contexto, há de ser analisado o artigo 55, VI, § 2º

³⁰ CALIMAN, Auro Augusto. *Mandato Parlamentar: Aquisição e perda antecipada*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 160.

da Constituição sob diversos enfoques, em especial sob a luz de Princípios basilares à democracia e ao Estado de direito, pois a possibilidade de ter mantido no mandato um Parlamentar que foi condenado, em especial, por crimes que causem desfalques à coisa pública se mostra contrário ao regime republicano.

1.2 Formação histórica do artigo 55, VI, § 2º da Constituição da República de 1988

A condenação criminal transitada em julgado é uma hipótese de perda de mandato parlamentar que foi tratada distintamente das outras situações pelas quais é possível ter os direitos políticos perdidos ou suspensos. Nesse liame, faz-se necessário o entendimento histórico sobre o motivo que acarretou nesse tratamento diferenciado, o que os constituintes teriam alegado como fonte motivadora que justificasse esta especificidade adotada nesta situação.

Inicialmente, no contexto de elaboração da Constituição de 1988 no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte, a condenação criminal transitada em julgado seria hipótese de perda de mandato que exigiria a simples declaração da Mesa da Casa Legislativa a que o Parlamentar estivesse vinculado, ou seja, se o condenado fosse Deputado Federal, caberia à Mesa da Câmara dos Deputados este ato declaratório, por outro lado, se o condenado fosse Senador, a Mesa do Senado teria de exarar tal declaração da perda de mandato.³¹

Percebe-se que ideia primária dava total completude aos efeitos da condenação criminal transitada em julgado, pois a perda do mandato ocorreria com a condenação, já que esta suspende os direitos políticos, enquanto durarem seus efeitos. Para que ocorresse a perda do mandato bastaria a condenação criminal e a posterior declaração da Mesa da Casa respectiva, assim como ocorre quando o parlamentar deixa de comparecer à terça parte de sessões ordinárias da Casa legislativa, quando há decretação da Justiça eleitoral ou quando há a perda ou suspensão dos direitos políticos.

Entretanto, na época da Constituinte, surgiram temores sobre a hipótese de que parlamentares que fossem condenados criminalmente, com trânsito em julgado, por crimes de menor potencial ofensivo viessem a perder o mandato eletivo quase que automaticamente,

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal. Perda do mandato eletivo. Competência do Supremo Tribunal Federal. Ausência de violação do princípio da separação de poderes e funções. Exercício da função jurisdicional. Condenação dos réus detentores de mandato eletivo pela prática de crimes contra a administração pública. Pena aplicada nos termos estabelecidos na legislação penal pertinente. Plenário. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Réus titulares de mandato eletivo. Voto vencido: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 18 de abril de 2013. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/ementa-acordao-mensalao.pdf>>. Acesso em: 21 set 2013.

pois o controle político sobre a manutenção do mandato se limitaria a ato declaratório Mesa, ou seja, a Casa legislativa a que o parlamentar pertencesse não poderia se manifestar a respeito da manutenção do condenado no mandato representativo, pois a decisão caberia somente ao Poder Judiciário em sede de julgamento de processo criminal.

Tratou-se essa situação como absurda, porque, segundo entendimento da maioria dos constituintes, nem toda a condenação criminal tornaria inapto um parlamentar a continuar exercendo seu mandato eletivo, conforme exemplo explicitado abaixo, muito citado na constituinte. O então constituinte Nelson Jobim exemplifica:

“um Deputado ou um Senador que viesse a ser condenado por acidente de trânsito teria imediatamente, como consequência da condenação, a perda do seu mandato, porque a perda do mandato é pena acessória à condenação criminal. Portanto, o ato da Mesa seria meramente declaratório.”³²

Nesse diapasão de ideias, houve emenda modificativa para que após a condenação criminal transitada em julgado, a manutenção ou perda do mandato parlamentar fosse objeto de deliberação pelo Plenário da Casa respectiva. O então Deputado Federal Nelson Jobim encaminha a votação pela aprovação da emenda nos seguintes termos:

“Visa a emenda a repor este equívoco e fazer com que a competência para a perda do mandato, na hipótese de condenação em ação criminal ou em ação popular, seja do Plenário da Câmara ou do Senado, e não de competência da Mesa. Deste modo, tratar-se-ia de decisão política a ser tomada pelo Plenário de cada uma das Casas, na hipótese de condenação judicial de um Parlamentar, e não teríamos uma imediatez entre a condenação e a perda do mandato, em face da competência que está contida no projeto.

Portanto, faço um apelo aos Srs. Constituintes para que corrijam este equívoco, a fim de que, nas hipóteses de condenação em ação criminal ou em ação popular, a perda do mandato seja uma decisão soberana do Plenário da Câmara ou do Plenário do Senado.”³³

Logo, a ideia era a de não permitir situações em que o parlamentar condenado por um crime não relacionado com a função e de menor potencial ofensivo, como o exemplo

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal. Perda do mandato eletivo. Competência do Supremo Tribunal Federal. Ausência de violação do princípio da separação de poderes e funções. Exercício da função jurisdicional. Condenação dos réus detentores de mandato eletivo pela prática de crimes contra a administração pública. Pena aplicada nos termos estabelecidos na legislação penal pertinente. Plenário. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Réus titulares de mandato eletivo. Voto vencido: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 18 de abril de 2013. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/ementa-acordao-mensalao.pdf>>. Acesso em: 21 set 2013.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal. Perda do mandato eletivo. Competência do Supremo Tribunal Federal. Ausência de violação do princípio da separação de poderes e funções. Exercício da função jurisdicional. Condenação dos réus detentores de mandato eletivo pela prática de crimes contra a administração pública. Pena aplicada nos termos estabelecidos na legislação penal pertinente. Plenário. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Réus titulares de mandato eletivo. Voto vencido: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 18 de abril de 2013. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/ementa-acordao-mensalao.pdf>>. Acesso em: 21 set 2013.

citado de acidente de trânsito proveniente de imperícia, ou seja, crime culposos, viesse a decretar quase que automaticamente a perda do mandato eletivo.

À época, o texto constitucional exigia que para que fosse instaurado processo criminal contra parlamentar, deveria haver autorização prévia da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal. E isso gerou questionamento sobre a necessidade de mais um controle político sobre a manutenção de mandato parlamentar condenado criminalmente. Isto é percebido no debate ocorrido no âmbito da Comissão de Organização dos Poderes e Sistema de Governo entre os constituintes Nelson Carneiro e Gerson Peres:

“O SR. CONSTITUINTE NELSON CARNEIRO: (...) Também quero destacar um outro aspecto. O Deputado e o Senador também guiam automóvel e podem ser acusados e condenados por um atropelamento, por um crime culposos. E vejam que a sentença confirmatória de culpa do Tribunal é irrecorrível. Neste caso, perde o mandato o Senador ou o

Deputado condenado, conforme diz o artigo 64.

“artigo 64. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

VI – que sofrer condenação criminal em sentença definitiva e irrecorrível, ou for condenado em ação popular pelo Supremo Tribunal Federal.”

Esta é uma sentença definitiva e irrecorrível. Quanto à segunda parte não tenho nenhuma restrição, somente quanto à primeira. Por exemplo, se há uma briga e um Deputado é condenado porque deu uma bofetada, então ele perde o mandato. Ora, então ele tem que tomar a bofetada e ficar assim pensando: não posso revidar porque posso perder o mandato. Quer dizer, é um excesso. O funcionário público, a rigor, perde o cargo quando condenado a pena superior a dois anos, mas quanto ao Deputado e ao Senador há uma interpretação rigorosa deste artigo, cujo § 2º. ainda estatui que a perda do mandato será decidida pela Câmara Federal ou pelo Senado da República, por voto secreto e por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional. Portanto, acho que isso é uma ameaça a todos os Deputados e Senadores que guiam automóveis nas grandes cidades e estão sujeitos a atropelar alguém e serem condenados por crime culposos, em sentença irrecorrível e definitiva. São detalhes que parecem pequenos antes de ocorrerem os fatos, quando os fatos ocorrem, então ficam muito mais graves.

O SR. CONSTITUINTE GERSON PERES:- Não há um dispositivo no próprio texto que diz que a iniciação de processo contra um Parlamentar tem que ser precedida da anuência de sua Câmara? Se é assim, V. Ex.^a não tem razão.

O SR. CONSTITUINTE NELSON CARNEIRO:- E se a Câmara der a autorização?

O SR. CONSTITUINTE GERSON PERES:- Se a Câmara der a autorização e o Parlamentar for condenado, este então perde o mandato. O que importa é que tem de haver uma prévia autorização. O processo é precedido de uma prévia autorização da Câmara. Li o substitutivo e constatei isso.

O SR. CONSTITUINTE NELSON CARNEIRO:- V. Ex.^a tem razão.

Diz o artigo 62:

“artigo 62. Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos.”

§ 7º. Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, nem processados sem prévia licença de sua Casa, salvo em relação a delitos praticados anteriormente.”³⁴

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal. Perda do mandato eletivo. Competência do Supremo Tribunal Federal. Ausência de violação do princípio da separação de poderes e funções. Exercício da função

Isto é, embora tenha sido levantada a questão de que o Poder Legislativo já possuía o controle sobre as ações criminais que poderiam ser ajuizadas contra seus membros, mediante a necessidade de prévia autorização da Casa legislativa para que fosse instaurado processo criminal quando viessem a ocorrer condutas delituosas na vigência do mandato, entendeu o constituinte originário que seria mais adequado mais de um controle político na decisão da perda do mandato político por condenação criminal transitada em julgado. Esclarece Gilmar Mendes que o constituinte adiciona “mais uma garantia do Estatuto Parlamentar (ao lado das imunidades formais e materiais), uma espécie de duplo controle político de perda de mandato parlamentar por condenação criminal transitada em julgado”³⁵. E esse duplo controle político seria justamente a autorização prévia para a instauração de processo criminal e a deliberação pelo Plenário da Casa Legislativa respectiva sobre a perda do mandato do parlamentar condenado.

Nos debates da Assembleia Constituinte, foi discutido principalmente sobre as situações em que o parlamentar tivesse cometido crimes de menor gravidade e que não tivesse qualquer correlação com o desempenho da função de parlamentar. Todavia, ao ser formulado este dispositivo, o termo “condenação criminal” não veio acompanhado de qualquer especificação de que em determinados casos, dependendo do tipo penal infringido, a perda do mandato seria decretada pela Mesa e em outros deliberada pelo Plenário, o que gera atualmente uma grande controvérsia jurisprudencial e doutrinária.

Em vista disso, embora se saiba que a norma ganha autonomia própria quando é positivada, se desfazendo das possíveis intenções do legislador, não se pode simplesmente desprezar todo o contexto histórico, sob pena de ignorar a interpretação teleológica do dispositivo e cometer disfunções constitucionais no sistema democrático pátrio.

Nesse sentido, a jurisprudência do STF vem buscando a uniformização de interpretação do dispositivo constitucional em análise, todavia as divergências de

jurisdicional. Condenação dos réus detentores de mandato eletivo pela prática de crimes contra a administração pública. Pena aplicada nos termos estabelecidos na legislação penal pertinente. Plenário. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Réus titulares de mandato eletivo. Voto vencido: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 18 de abril de 2013. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/ementa-acordao-mensalao.pdf>>. Acesso em: 21 set 2013.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal. Perda do mandato eletivo. Competência do Supremo Tribunal Federal. Ausência de violação do princípio da separação de poderes e funções. Exercício da função jurisdicional. Condenação dos réus detentores de mandato eletivo pela prática de crimes contra a administração pública. Pena aplicada nos termos estabelecidos na legislação penal pertinente. Plenário. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Réus titulares de mandato eletivo. Voto vencido: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 18 de abril de 2013. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/ementa-acordao-mensalao.pdf>>. Acesso em: 21 set 2013.

entendimento ainda são grandes e indicam que nem tão cedo será possível pacificar a matéria na Corte. A matéria é controversa, e isto se mostra na contemporaneidade em que, com o fortalecimento das instituições democráticas, como o Ministério Público e o STF, parlamentares com mandato vigente têm sido condenados criminalmente, o que não acontecia em um passado recente da República.

2 CONFLITO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL QUANTO À PERDA DE MANDATO PARLAMENTAR DECORRENTE DE DECISÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO

A grande divergência constitucional entre os juristas gira em torno do que será tratado no decorrer deste capítulo. Aparentemente há dois dispositivos constitucionais que podem ter interpretações contraditórias, o que não é concebível no constitucionalismo brasileiro. Deste modo, há de se compatibilizar tais normas e buscar a interpretação que melhor atenda às regras e aos princípios na Constituição inseridos.

Deste aparente conflito, poderá ser extraída a interpretação hipotética de que o parlamentar condenado criminalmente será julgado pela Casa legislativa a que pertence, Câmara dos Deputados ou Senado Federal, para a manutenção do mandato parlamentar. Ou, contrariamente, poderá advir a interpretação que se se coadune com a automaticidade da perda do mandato com a simples condenação criminal prolatada pelo Judiciário, sendo a perda da representação política uma consequência lógica da condenação e da suspensão dos direitos políticos.

2.1 Conflito gramatical entre as normas constitucionais

A perda de mandato parlamentar decorrente de sentença criminal transitada em julgado é determinada com decisão da Casa Legislativa ou é automática, sendo uma consequência natural da condenação, tendo em vista a suspensão dos direitos políticos advinda da decisão condenatória?

Este questionamento tem sido produto de diversas divergências acadêmicas. De um lado, alega-se a aplicação da suspensão de direitos políticos como uma das consequências da condenação criminal transitada em julgado, e a subsequente impossibilidade do exercício do mandato parlamentar, através da perda automática deste. Do outro, condiciona-se a perda do mandato à deliberação da Casa legislativa a que o parlamentar está vinculado, Câmara dos Deputados ou Senado Federal.

O grande embate acerca desse tema diz respeito ao conflito entre regras de mesma hierarquia que coexistem na Carta Magna. Diante dessa pretensa antinomia constitucional, surgiram defensores de correntes frontalmente colidentes. Alguns afirmam que a condenação criminal de parlamentar geraria a perda automática do mandato, enquanto outros argumentam

que mesmo após a decisão condenatória transitada em julgado, a Casa Legislativa do parlamentar deveria deliberar sobre a perda ou manutenção do mandato eletivo.

Nessa análise, vislumbra-se uma aparente colisão de normas constitucionais entre o artigo 55, VI, e § 2º, e o artigo 15, III, sendo a partir de então ambas as possibilidades interpretativas analisadas.

2.1.1 Perda do mandato dependente de deliberação da Casa Legislativa do parlamentar

No artigo 55 da Carta Magna, há a enumeração taxativa das hipóteses em que é possível que um Parlamentar perca o seu mandato. Nesta lista *numerus clausus*, há a divisão clara da existência de casos em que se mostra suficiente, para que a perda do mandato se concretize, apenas a execução de ato de natureza declaratória. No entanto, há outras situações em que o Plenário deverá deliberar sobre a manutenção do mandato. Assim dispõe a Constituição:

“Artigo 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:
 I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;
 II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;
 III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;
 IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;
 V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;
 VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.
 [...]
 § 2º - Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será **decidida** pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.
 § 3º - Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será **declarada** pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.”³⁶

Por conseguinte, quando Deputados ou Senadores deixam de comparecer, injustificadamente, a um terço das sessões deliberativas ordinárias da Casa, quando a Justiça eleitoral decretar a perda do mandato Parlamentar ou quando tiverem seus direitos políticos perdidos ou suspensos, a Mesa Diretora, no caso, da Câmara dos Deputados, de ofício, ou mediante provocação de qualquer Parlamentar da Casa ou de partido com representação política no Congresso Nacional, declarará a perda do mandato parlamentar, não cabendo ao Plenário da Casa nenhum tipo de valoração política, já que a Lei Maior incumbiu ao Poder

³⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 13 set 2013. (**grifo nosso**)

Legislativo a competência de apenas complementar os atos anteriores. Por exemplo, quando a Justiça Eleitoral decreta a cassação de Senador por fraude no processo eleitoral, não caberá ao Plenário do Senado deliberar sobre a possibilidade de manter ou não o mandato do condenado. Na verdade, sequer haverá submissão desta hipótese a voto. Nos casos supracitados, portanto, a Carta Magna estipulou que caberá à Casa Legislativa somente a declaração da perda do mandato, pois trata-se de ato com caráter vinculado a fatos anteriores objetivos, quais sejam a decretação da justiça eleitoral, a ausência a mais de um terço das sessões ordinárias de uma sessão legislativa ou a perda ou suspensão dos direitos políticos.

Nas outras situações, o rito para a perda do mandato será outro, de natureza diversa do que ocorre quando há as situações acima estudadas. Quando são infringidas as vedações estabelecidas no artigo 54 da Constituição, quando atos considerados incompatíveis com o decoro Parlamentar são praticados ou quando há condenação criminal com sentença judicial transitada em julgado. Nestas situações, conforme rápida leitura do §2º supracitado, a manutenção ou não do mandato parlamentar será decidida pela Câmara ou pelo Senado, mediante voto secreto e maioria absoluta, havendo provocação da Mesa Diretora ou de partido político com representatividade no Congresso Nacional. Frisa-se que nestes casos, destacando-se a situação de condenação criminal definitiva, o Plenário tem a liberdade de escolha entre decretar a perda do mandato ou não, diferentemente da atuação vinculada prevista para os casos previstos no parágrafo logo acima.

No que tange à historicidade do conteúdo material do artigo 15, inciso III, da atual Carta Magna, já a Constituição de 1824 impunha a sanção de perda de direitos políticos decorrente de condenação criminal, somente se as penas dos condenados fossem a de prisão ou a de degredo. As constituições posteriores não distinguiram penas criminais que seriam necessárias para que fosse decretada a perda ou suspensão dos direitos políticos. Bastava que houvesse condenação criminal, independentemente da sua natureza, para a ocorrência da suspensão dos direitos políticos. Enfim, já há tempos, adota-se o que a Constituição de 1988 dispõe³⁷, embora a interpretação do dispositivo no contexto da Assembleia Constituinte indique que a decisão sobre a perda do mandato decorrente de condenação criminal definitiva somente deveria ser objeto de deliberação da Casa para que fossem evitadas algumas situações em que o parlamentar, embora condenado criminalmente, não estaria inapto para o

³⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal. *AP 470-Minas Gerais*. Plenário. Autor: Ministério Público Federal. Réu: José Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Revisor: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 17, de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiantociastf/anexo/ap470mandatorl.pdf>>. Acesso em: 11 set 2006.

exercício mandato eletivo, por ser o crime ao qual foi condenado totalmente alheio ao exercício de Deputado Federal ou de Senador da República, o enfoque positivado nas Constituições anteriores do Brasil confrontou esta ideia, pois todas elas, salvo a de 1824, apenas estabeleciam que a manutenção do mandato parlamentar, por deliberação da Casa Legislativa, deveria ser decidida quando o Parlamentar fosse condenado criminalmente por qualquer delito.

Nesse sentido, prega-se a auto-aplicabilidade desse dispositivo constitucional, pois o artigo 55 VI e § 2º excepcionaria a regra de suspensão dos direitos políticos decorrente de uma condenação criminal, no que tange aos Deputados Federais e Senadores, e também, aos Parlamentares Estaduais e Distritais³⁸. Portanto, a aplicabilidade da perda imediata de mandato eletivo, disposto no Artigo 92 do Código Penal³⁹, se referiria aos chefes dos poderes executivos e aos vereadores, pois os parlamentares federais, estaduais e distritais estariam imunes a esta regra, pois estariam acobertados pelo Princípio da especialidade, devendo ser-lhes aplicado o Estatuto dos Congressistas em detrimento à regra geral das consequências advindas da suspensão dos direitos políticos.

Ainda nesse liame de ideias, argumenta-se que, através da interpretação restritiva que a Constituição exige quando está se tratando de limitação de prerrogativas, a única possibilidade de o Poder Judiciário decretar a perda de mandato parlamentar seria aquela já estipulada expressamente no inciso V do artigo 55 do texto da Carta política, o qual indica que ocorrerá a perda do mandato quando “[...] decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos

³⁸ Aos Deputados Estaduais e Distritais é estendida esta necessidade de deliberação da Casa Legislativa para que a suspensão dos direitos políticos acarrete na perda do mandato. Assim, caberá às Assembleias Legislativas e, no caso do Distrito Federal, à Câmara Legislativa decidir se o Parlamentar condenado criminalmente será ou não apenado também politicamente. Assim dispõe a Constituição: “artigo 27. O número de Deputados à Assembléia Legislativa corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados e, atingido o número de trinta e seis, será acrescido de tantos quantos forem os Deputados Federais acima de doze. § 1º - Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, **aplicando- se-lhes as regras desta Constituição sobre** sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, **perda de mandato**, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas.”³⁸ (**grifo nosso**) E quanto ao Distrito Federal, assim preleciona a Carta Política: artigo 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger- se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição. [...] § 3º - **Aos Deputados Distritais e à Câmara Legislativa aplica-se o disposto no artigo 27. (grifo nosso)**. Desta forma, reafirma-se o dito anteriormente, pela obrigatoriedade de anuência dos poderes legislativos estaduais para que seja decretada a perda de mandato de Deputado em função de condenação criminal transitada em julgado.

³⁹ BRASIL. *Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 9 set 2014.

nesta Constituição;”⁴⁰. Nesta situação, a perda do mandato se dará por simples declaração da Mesa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, conforme o caso. Não cabendo nenhum tipo de juízo político da Casa. Caberá a ela, de ofício ou mediante provocação, através da sua Mesa Diretora tornar perfeito e acabado o ato de perda de mandato Parlamentar.

Com cristalina concatenação de ideias, o Ministro Lewandowski leciona:

“É que o constituinte originário, nesse caso, houve por bem conferir ao Judiciário o poder de cassar mandatos daqueles que foram ilegítimamente eleitos, seja porque deturparam a manifestação da vontade popular, seja porque fraudaram processo eleitoral.”⁴¹

Concluindo, vislumbra-se, então, sendo esta a única possibilidade de o Poder Judiciário influir diretamente na perda do mandato parlamentar, pois o ato posterior a ser tomado pelo Legislativo seria somente declaratório. Sendo assim:

“[...] quando o mandato resulta do livre exercício da soberania popular, ou seja, quando o parlamentar é legitimamente eleito, excluída a existência de fraude, e inexistindo impugnação à sua eleição, falece ao Judiciário, competência para decretar a perda automática de seu mandato, pois ela será, [...], ‘**decidida**’ pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal [...]”⁴²

Portanto, observa-se “que o Texto Magno é claro ao outorgar, nesse caso, à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, a competência de decidir e não meramente declarar, a perda de mandato de parlamentares das respectivas Casas”.⁴³

Para melhor compreensão do tema, o Ministro Levandovisk cita artigo publicado pelo agora Ministro Teori Albino Zavascki, o qual de maneira didática explicita uma situação juridicamente inexplicável e insustentável, que seria o exercício do mandato parlamentar por quem não está no gozo dos seus direitos políticos:

⁴⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 13 set 2013.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal. *AP 470-Minas Gerais*. Plenário. Autor: Ministério Público Federal. Réu: José Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Revisor: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 17, de dezembro de 2012. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/ap470mandatorl.pdf>>. Acesso em: 11 set 2013.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal. *AP 470-Minas Gerais*. Plenário. Autor: Ministério Público Federal. Réu: José Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Revisor: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 17, de dezembro de 2012. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/ap470mandatorl.pdf>>. Acesso em: 11 set 2013.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal. *AP 470-Minas Gerais*. Plenário. Autor: Ministério Público Federal. Réu: José Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Revisor: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 17, de dezembro de 2012. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/ap470mandatorl.pdf>>. Acesso em: 11 set 2013.

“Aos agentes políticos titulares de cargos eletivos ou não – exige-se, portanto, o pleno gozo dos direitos políticos, não apenas para habilitar-se ou investir-se no cargo, mas igualmente, para nele permanecer. Assim, a superveniente perda ou suspensão dos direitos de cidadania implicará, automaticamente, a perda do cargo. **Há, porém, uma exceção: a do parlamentar que sofrer condenação criminal. O trânsito em julgado da condenação acarreta, como já se viu, a suspensão, ipso iure, dos direitos políticos (CF, artigo 15, III), mas não extingue, necessariamente, o mandato eletivo.**[...] Ou seja: **não havendo cassação do mandato pela Casa a que pertencer o parlamentar, haverá aí a hipótese de exercício do mandato eletivo por quem não está no gozo dos direitos de cidadania.**”⁴⁴

Nesse diapasão de ideias, o STF já firmou entendimento:

“[...] Trata-se de uma competência exclusiva da Câmara e só ela, bem ou mal, pode exercitar. Segundo a Constituição, ‘perderá o mandato o Deputado ou Senador... cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar’, artigo 55, II; declarado por quem? Pela Câmara a que pertencer o parlamentar, Câmara dos Deputados ou Câmara dos Senadores, observados os requisitos taxativamente indicados no parágrafo 2º do mesmo artigo: voto secreto, maioria absoluta, provocação da Mesa ou de partido político com representação no Congresso, assegurada ampla defesa.”⁴⁵

Sendo assim, a única possibilidade, no atual contexto, de o Poder Judiciário decidir diretamente sobre a perda do mandato parlamentar, conforme entendimento alinhado dos Ministros do STF Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Dias Toffoli, Cármen Lúcia Teori Zavaski e Roberto Barroso, ocorre nos casos em que a Justiça eleitoral determina. Nas outras situações, para que a suspensão dos direitos políticos se transforme também na perda do mandato, é necessário que a Casa legislativa se manifeste em concordância, através de deliberação em Plenário, por maioria absoluta e mediante provocação da Mesa respectiva ou de partido político com representação no Congresso Nacional⁴⁶, inclusive quando se está diante de uma condenação criminal transitada em julgado.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal. *AP 470-Minas Gerais*. Plenário. Autor: Ministério Público Federal. Réu: José Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Revisor: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 17, de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/ap470mandatorl.pdf>>. Acesso em: 11 set 2013.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal. *AP 470-Minas Gerais*. Plenário. Autor: Ministério Público Federal. Réu: José Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Revisor: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 17, de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/ap470mandatorl.pdf>>. Acesso em: 11 set 2013.

⁴⁶ Essa redação da Constituição Federal disposta no artigo 55 §2º foi trazida pela Emenda Constitucional nº 76, de 2013, a qual extinguiu, para fins de deliberação acerca de perda do mandato, o voto secreto. Proposta de Emenda à Constituição no sentido de abolir o voto secreto em processos de cassação de mandato parlamentar, já tinha tramitado no Congresso Nacional. Todavia, em meio às manifestações populares de junho ocorridas por todo o País, e diante do impacto social que teve a absolvição política do Deputado Federal Natan Donadon, mesmo este tendo sido condenado por diversos crimes, e a regime fechado, pelo STF, a PEC do Voto Aberto, como ficou conhecida, prosperou. A pressão popular, através das redes sociais continuou, bem como a mídia, por todos os seus meios, insistiu na mudança que se fazia iminente. A Presidente da República, impulsionada pela pressão popular, através de pronunciamento em televisão aberta

Os defensores da aplicação do artigo 55, VI, e § 2º da Constituição Federal, argumentam que, embora o artigo 15, III da Carta Magna determine a suspensão dos direitos políticos decorrente de condenação criminal transitada em julgado, ele não seria aplicável aos Parlamentares pois estes seriam regidos por norma constitucional especial, entre os artigos 53 e 56, e pelo critério de interpretação da especialidade aplicar-se-ia o 55, VI, e § 2º.

Paulo Bonavides, ao dialogar em sua obra com Alexy, dispõe sobre qual a interpretação mais adequada quando se está diante de um conflito de regras, ainda mais quando estas têm o mesmo nível hierárquico. Vejamos:

“Afirma Alexy: “um conflito entre regras somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, for introduzida numa regra ou pelo menos se uma das regras for declarada nula (*ungültig*)”. Juridicamente, segundo ele, uma norma vale ou não vale, e quando vale e é aplicável a um caso, isto significa que suas consequências jurídicas também valem.”⁴⁷

No caso, os Ministros do STF que se alinham à posição de condicionar à decisão do Poder Legislativo sobre a manutenção do mandato parlamentar estipularam o artigo 55 como sendo a cláusula de exceção a que Alexy se referiu, frente a outra norma conflitante, o artigo 15, inciso III.

Esta interpretação busca tornar possíveis contradições constitucionais em apenas colisões aparentes de regras, pois, caso fosse reconhecida a perda automática dos mandatos parlamentares decorrentes da suspensão dos direitos políticos advinda da condenação criminal definitiva, no entendimento da corrente atualmente majoritária, revogar-se-ia tacitamente o texto constitucional, devendo-se, pois, analisar o texto da Constituição em respeito ao Princípio da Unidade, potencializando a Carta Política e não suprimindo significado dos seus dispositivos.

Acerca deste fundamental Princípio na hermenêutica constitucional, Mendes, Gonet e Mártires assim lecionam:

e por meio do encaminhamento de uma Mensagem Presidencial, sugeriu ao Congresso Nacional que fosse instituído um plebiscito sobre aspectos que comporiam uma ampla reforma política, sendo que dentre estas sugestões estava dar fim ao voto secreto em processo de cassação de mandatos parlamentares. Nesse contexto, não adentrando no mérito sobre a realização de plebiscito para este fim, os Deputados e Senadores analisaram proposta. Haja vista declaração do Senador Pedro Taques à: “Não precisamos de plebiscito para isso. É nossa obrigação votar este tema no plenário e estabelecer isso, que é uma questão que o país exige há muito tempo”. Deste modo, o Constituinte derivado garante o voto aberto a processos de cassação de mandatos. UOL. *CCJ do Senado aprova fim do voto secreto no Congresso Nacional*. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2013/07/03/ccj-do-senado-aprova-fim-do-voto-secreto-no-congresso-nacional.htm>> Acesso em: 3 jul 2013.

⁴⁷ ALEXY, 2014 apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 29ª edição. São Paulo: Malheiros. p. 285.

“As normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituído na e pela própria Constituição. Em consequência, a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade, do que resulta por outro lado, que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra, até porque - relembre-se o círculo hermenêutico – o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes.

[...] o jurista pode bloquear o próprio surgimento de eventuais conflitos entre preceitos da Constituição, ao mesmo tempo em que se habilita a desqualificar, como contradições meramente *aparente*, aquelas situações em que duas ou mais normas constitucionais[...] “pretendam” regular a mesma situação de fato.

[...] ao fim das contas ele **otimiza as virtualidades do texto da Constituição, de si naturalmente expansivo, permitindo aos seus aplicadores construir as soluções exigidas em cada situação hermenêutica.**”⁴⁸

Assim, o princípio da unidade da Constituição é aquele cuja interpretação garante que normas constitucionais possivelmente conflitantes quanto ao sentido mantenham algum significado, não permitindo o esvaziamento de conteúdo de nenhuma norma constitucional, o que aconteceria com o artigo 55, VI, §2º, segundo entendimento da corrente majoritária, caso a aplicação pura e simples da condenação criminal definitiva ocasionasse diretamente a perda automática do mandato parlamentar.⁴⁹

Ao analisar o artigo 55, ficaria claro que quando o constituinte originário aloca em situações distintas a suspensão dos direitos políticos e a condenação criminal transitada em julgado, vislumbrou-se dar tratamento diverso a esta. Como se sabe, estudando-se o artigo 15 da Constituição de 1988, a condenação criminal é uma das causas de suspensão de direitos políticos, todavia para fins de perda de mandato, achou por bem o constituinte tratar parlamentares condenados na esfera criminal de modo diverso.

Isto é, quando parlamentar tiver perdidos ou suspensos seus direitos políticos por cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado, incapacidade civil absoluta, recusa de cumprimento de obrigação a todos imposta ou improbidade administrativa, aí se fará a subsunção ao inciso III do artigo 55 da Carta Magna, e, portanto, bastará a declaração da Mesa da Casa Legislativa a que o detentor de mandato eletivo estiver vinculado. No entanto, quando houver condenação criminal aplicar-se-á outra medida, devendo o condenado ser submetido à deliberação do Plenário do Senado ou da Câmara. Portanto o que há neste caso, é existência de uma exceção à regra geral. Enquanto na maioria das situações em que ocorre a perda ou suspensão dos direitos políticos basta a declaração da

⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 136. **(grifo nosso)**

⁴⁹ FGV. *Princípio da Unidade da Constituição*. Disponível em: <http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/index.php?title=Princ%C3%ADpio_da_Unidade_da_Constitui%C3%A7%C3%A3o&redirect=no>. Acesso em: 12 maio 2014.

perda do mandato, já que os direitos políticos foram perdidos ou suspensos, quando ocorrer a condenação criminal de parlamentar, a perda do mandato deverá ser decidida pelo Plenário, mediante deliberação do mesmo, podendo, cabe ressaltar, ser mantido no cargo um parlamentar que praticou crimes contra a administração pública quando investido em função fundamental à democracia e à república.

Em tempo, outra fonte argumentativa desta corrente é a que a interpretação histórica deve ser posta em segundo plano quando se está diante de uma norma constitucional válida e eficaz. Pois o que foi realmente positivado na nossa Constituição foi a simples condenação criminal com trânsito em julgado, não se fazendo qualquer diferença quanto à espécie do crime, para então dizer se o condenado por crimes ditos mais graves teriam apenas a declaração da Mesa da Casa Legislativa e os condenados a crimes de menor potencial ofensivo teriam que se submeter à deliberação do Plenário para a manutenção do mandato ou não. Enfim, o fato é que não existe norma que descrimine quais crimes sejam considerados mais ou menos graves para fim de declaração da Mesa ou deliberação pelo o Plenário para declarar ou decidir sobre a perda do mandato parlamentar.

Dito isto, a não especificação dos crimes poderia ensejar a existência de uma lacuna dogmática. Porém em nenhuma oportunidade na Constituição foi reservada a competência à legislação infraconstitucional para que determinasse quais crimes ensejariam, com a condenação de parlamentar, a perda do mandato mediante declaração do Mesa ou por deliberação do Plenário. Desta forma, a aplicação da norma positivada seria o melhor uso do direito no caso.

2.1.2 Perda do mandato automática

Como já dito ao longo deste trabalho, há outra corrente acerca do modo como se dará a perda do mandato do parlamentar que tiver sido condenado criminalmente. Esta corrente minoritária, no âmbito do STF, é contrária à aplicabilidade imediata do artigo 55 § 2º da CF, que possui como principais marcos os Ministros Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Celso de Mello.

Segundo este entendimento, a condenação criminal definitiva deverá ensejar a perda automática do mandato parlamentar, caso a decisão judicial, acórdão ou sentença, traga em seu bojo tal efeito, isto é, para que o condenado perca o mandato parlamentar, deverá constar na decisão transitada em julgado tal determinação como um dos efeitos da

condenação. Para alcançar esta hermenêutica, utilizou-se precipuamente o artigo 92 do Código Penal. Vejamos:

“Artigo 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado;

III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.”⁵⁰

Conforme dispositivo acima, percebe-se que o legislador infraconstitucional estabeleceu efeitos acessórios da condenação, os quais se aplicarão caso a autoridade julgadora assim entenda necessário. Muito diferente dos efeitos obrigatórios e genéricos estabelecidos no art 91 do Código Penal. Vejamos:

“Artigo 91 - São efeitos da condenação:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.”⁵¹

Nesse contexto de observação dos efeitos genéricos e específicos da condenação criminal, sendo esta um “ato do juiz por meio do qual impõe um a sanção penal ao sujeito ativo de uma infração”⁵², há de se destacar que a decisão penal condenatória possui efeitos penais e extrapenais, sendo estes os dispostos nos artigos 91 e 92 do Estatuto repressor pátrio.

Assim, Nucci, citando Marques, sobre os efeitos secundários, tanto os penais⁵³, como os extrapenais, ensina:

“[...] ao lado dos efeitos que a condenação produz como fato ou acontecimento jurídico, consequências dela derivam como fato ou acontecimento jurídico. A sentença condenatória, de par com seus efeitos ‘reflexos e acessórios’, ou efeitos

⁵⁰ BRASIL. *Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 9 set 2014

⁵¹ BRASIL. *Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 9 set 2014.

⁵² JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. Parte Geral. 31 ed. Saraiva: São Paulo. p. 683.

⁵³ Os efeitos penais secundários são aqueles que não são propriamente a pena aplicada, pois esta é efeito primário, mas sim as consequências que a esta condenação terá no âmbito penal, como, por exemplo, a revogação de um *sursis* e a possibilidade de ser alegada posteriormente a reincidência.

indiretos, que são consequência dos efeitos principais, ou efeitos da sentença como fato jurídico.”⁵⁴

Ou seja, estes efeitos acessórios estão ao lado da função principal da condenação, que é fixar a pena, sendo que os efeitos genéricos dispostos do artigo 91 do CP são automáticos e deverão ser cumpridos com a simples prolação da sentença judicial transitada em julgado. Por outro lado, para que os efeitos indiretos dispostos no artigo 92 do Código Penal, efeitos da condenação mais específicos, tenham aplicabilidade, a autoridade que condenar o réu deverá declarar expressa e fundamentadamente a aplicação deste efeito reflexo.

No que tange ao artigo 92 do CP, a instituição dos efeitos acessórios específicos da condenação gera uma reflexão na doutrina acerca da sua natureza também sancionatória. A discussão encontra-se no diapasão da possibilidade da sucessão do instituto das penas acessórias dispostas no art 67, já revogado, do Código Penal de 1940, sob o título, no atual Código, de “efeitos da condenação”. Sobre o tema, Nucci explana diversas opiniões doutrinárias a respeito:

“[...] é indiscutível que alguns dos chamados “efeitos da condenação” – especialmente os do art 92 do Código Penal – ganharam ares de penas acessórias *camufladas*. Dessa opinião comunga Jair Leonardo Lopes (*Curso de direito penal*, p. 249). As extintas penas acessórias – definidas pela doutrina como “sanção especial, de natureza complementar, expressiva de restrições impostas à capacidade jurídica do condenado” (Bento de Faria, citado por Frederico Marques, *Tratado de direito penal*, v. 3) – eram as seguintes: “perda de função pública eletiva ou de nomeação”, “interdições de direitos” e “publicação da sentença” (art 67 do Código Penal de 1940). Dentre as interdições de direito estava a “incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela”. Ora, quem conferir a relação dos efeitos da condenação prevista no artigo 92 do Código Penal atual pode notar, com clareza meridiana, que lá estão as antigas “penas acessórias”, agora com o nome de “efeitos da condenação.”⁵⁵

Embora se possa argumentar no sentido de alegar *bis in idem*, pelo fato de o condenado estar sofrendo duas sanções pela mesma conduta cometida, não merece prosperar tal tese, pois o efeito reflexo da condenação disposto no artigo 92 do CP tem natureza de sanção jurídica diversa da sanção penal, a qual é retributiva.

Assim, acerca da discussão de qual seria a natureza sancionatória intrínseca nos termos do artigo 92 do CP, Nucci discorre acerca do tema, citando Reale Júnior, Dotti, Andreucci e Pitombo:

⁵⁴ MARQUES, 1997 apud NUCCI, Guilherme de Souza. *Direito Penal*. Parte Geral e Especial. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 564.

⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Direito Penal*. Parte Geral e Especial. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 529.

“[...]sanções jurídicas, visando a consequências outras que não de caráter penal. Não guardam cunho retributivo. Estão presididos pela finalidade de prevenção, na medida em que **inviabilizam a manutenção de situações que propiciam a prática do fato delituoso, assim o desestimulando.**”⁵⁶

Isto é, a aplicação de um dos efeitos específicos da condenação, os quais deverão ser impostos segundo entendimento justificado pela autoridade competente para impor a pena, terá, não simplesmente o caráter de retribuir o mal cometido, mas sim de evitar que condutas semelhantes com as praticadas venham a ser novamente cometidas. Visa-se à prevenção de possíveis novos infortúnios relacionados à posição que o condenado possui, e esta é a principal finalidade desta norma. Portanto, a aplicação destes efeitos caberá à autoridade judicial competente que decidiu definitivamente o caso, a qual, tendo avaliado as condições em que o crime foi cometido, se o condenado se utilizou de veículo automotor, do poder pátrio ou da função pública, em sentido amplo, para a prática delituosa, aplicará ou não os efeitos dispostos no artigo 92 do Código Penal.

Logo, estes efeitos são sanções jurídicas extrapenais, podendo ser aplicadas simultaneamente com a sanção penal principal, qual seja a aplicação da pena, sem que haja infração à vedação do *bis in idem*. Os efeitos positivados neste artigo possuem natureza administrativa e civil, conforme o caso, sendo a perda da função pública e da licença para dirigir sanções de natureza administrativa e a perda do pátrio poder de natureza civil. Desta forma, haja vista a independência entre as instâncias garantidas no nosso ordenamento jurídico e positivada no artigo 125 da Lei nº 8.112/90, o qual salienta dispõe que “as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si”⁵⁷, é perfeitamente cabível a aplicação desta sanção jurídica para preservação do interesse público.

Pelo exposto acerca do artigo 92 do Código Penal, vale destacar os motivos pelos quais o legislador atribuiu determinadas características ao dispositivo:

“[...] A novidade do Projeto, nesta matéria, reside em atribuir outros efeitos à condenação, consistentes na perda de cargo, função pública ou mandato eletivo; na incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, e na inabilitação para dirigir veículo (artigo 92, I, II, III). Contudo, tais efeitos não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença (parágrafo único do artigo 92). **É que ao juiz incumbe para a declaração da perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, verificar se o crime pelo qual houve a condenação foi praticado com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública e, ainda, se a pena aplicada foi superior a 4 (quatro) anos.** É bem verdade, em tais circunstâncias, a perda do cargo ou da função pública pode

⁵⁶ REALE JÚNIOR, Miguel. *Parte Geral do Código Penal – Nova interpretação*. São Paulo:RT, 1988. p. 259.

⁵⁷ BRASIL. *Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm> Acesso em: 20 mar 2014.

igualmente resultar de processo administrativo instaurado contra o servidor. Aqui, porém, resguardada a separação das instâncias administrativa e judicial, a perda do cargo ou função pública independe do processo administrativo. Por outro lado, **entre os efeitos da condenação inclui-se a perda do mandato eletivo.**⁵⁸

Depreende-se que o próprio legislador, em sua justificativa, salienta que a competência para a fixação da perda da função pública, quando a pena privativa de liberdade for igual ou superior a um ano, nos casos em que haja abuso de poder ou comportamento contrário ao interesse público na atuação pela administração pública, e quando a condenação à pena privativa de liberdade for superior a quatro anos, é incumbida à autoridade julgadora do processo criminal, não sendo, pois, de responsabilidade administrativa, em que pese esta condenação também possa fazer insurgir um processo administrativo que resulte a perda da função que ocupa na administração pública. Destacando o legislador, ainda, que a perda do mandato eletivo é sim um dos efeitos da condenação.

Pelo o exposto, esta tese, que possui como seu principal defensor o Ministro Gilmar Mendes, prega pela aplicabilidade do artigo 92 do Código Penal nos casos em que parlamentares forem condenados criminalmente nos moldes do dispositivo supracitado, sendo os legisladores enquadrados naturalmente no conceito de detentores de mandato eletivo.

Nesse sentido, em respeito ao Princípio da Unidade da Constituição, o artigo 55 § 2º, da Constituição Federal, se aplicaria aos parlamentares condenados criminalmente quando não ocorressem as hipóteses que possibilitassem a fixação dos efeitos da condenação dispostos no artigo 92 do Código Penal. Isto é, quando os crimes, mesmo que praticados com abuso de poder ou violação de dever com a Administração Pública, resultassem em uma condenação à privação de liberdade por tempo inferior a 1(um) ano e quando a condenação por outros crimes não implicasse na fixação da pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos. Assim, quando a pena privativa de liberdade aplicada ao parlamentar condenado se respaldar nos parâmetros legalmente fixados, não ultrapassando o prazo legal, a decisão sobre a manutenção do mandato eletivo caberá à Casa Legislativa a que estiver vinculado, sendo a aplicação da pena na esfera penal valorada por juízo político a fim de que seja votada a manutenção do parlamentar no seu mandato.

Em tempo, esta corrente é muito criticada por estar ferindo princípio fundamental para o Estado Democrático de Direito, qual seja o Princípio da Separação de Poderes. Argumenta-se que haveria o descumprimento do artigo 55 da Constituição, de forma que

⁵⁸ BRASIL. *Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 9 set 2014. (**grifo nosso**)

estaria sendo substituída uma competência do Poder Legislativo, de deliberar acerca da manutenção do mandato parlamentar, por uma do Poder Judiciário, de fixação da perda direta do mandato eletivo por intermédio da decisão judicial definitiva. Assim, a crítica estaria baseada na ocorrência da infração à separação dos poderes, tendo este entendimento se baseado em pilares do ativismo judicial para assim se sustentar.

Em contrapartida, o próprio Poder legislativo já se manifestou no sentido de tornar a perda do mandato como sendo uma simples consequência da condenação criminal. A Lei nº 9.268, de 1996⁵⁹, que introduziu no ordenamento jurídico, como efeito da coisa julgada criminal a perda de mandato eletivo, através da alteração do artigo 92 do Código Penal, pode ser interpretada como uma disposição do Poder Legislativo no sentido de impossibilitar que agentes públicos continuem se valendo dos seus respectivos cargos para a prática de ilícitos contra a Administração pública. Bem como vedar a permanência em mandato eletivo quando o político tenha sido acometido com uma decisão criminal transitada em julgado, cuja pena privativa de liberdade tenha sido superior a 4 (quatro) anos. Logo, o início da vigência desta Lei no ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988 é uma clara demonstração de que o próprio legislador percebeu que seria desarroazado a permanência em um mandato eletivo quando o agente político fosse condenado a crime contra a administração pública ou a um crime de maior potencial lesivo.

Já a Emenda Constitucional nº 35, de 2001, insere no ordenamento jurídico uma restrição à capacidade anteriormente designada ao Poder Legislativo de autorizar previamente o início da persecução de uma ação penal contra um parlamentar. De forma que, atualmente, cabe à Casa Legislativa a que o parlamentar pertencer apenas a possibilidade de suspensão do processo criminal que tramita em desfavor do parlamentar. Isto é, o constituinte derivado se manifestou no sentido de restringir o poder do próprio legislativo, quando houver indícios do cometimento de prática criminosa por algum de seus integrantes, possibilitando a investigação dos órgãos competentes acerca da conduta em questão. Interpretando o sentido desta Emenda Constitucional e de leis esparsas no ordenamento, já se permite que mandatos parlamentares sejam perdidos sem que haja uma permissão da Casa legislativa para que a decisão judicial penal tenha sua satisfação em completude. Assim, tendo em vista anuência tácita do Poder Legislativo, a aplicação da perda do mandato parlamentar pelo Judiciário não incidiria sobre o

⁵⁹ BRASIL. *Lei Nº 9.268, de 1º de abril de 1996*. Altera dispositivos do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal - Parte Geral.. Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9268.htm>. Acesso em: 16 set 2013.

que se chama atualmente de ativismo judicial, que consiste na atuação do Poder Judiciário na esfera de competência de outro poder.

Portanto, falar em violação ao princípio da separação dos poderes seria ir de encontro com a relação harmoniosa entre os Poderes Legislativo e Judiciário construída através da elaboração de novas normas, constitucionais e legais, e da evolução do discernimento político e jurídico criada no meio social, pelas entidades civis e a opinião pública. A existência do Ativismo Judicial e os supostos atentados à separação dos poderes presentes no caso em foco merecem ser analisados à luz do protagonismo assumido pelo Poder Judiciário nessa sociedade tão suscetível a rápidas mudanças. Busca-se, portanto, o equilíbrio entre a Teoria da Separação de poderes e a efetividade da Constituição na vida prática social, nesse novo Estado Constitucional.

3 ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO FRENTE AO CONFLITO CONSTITUCIONAL

Este aparente conflito existente entre normas de cunho constitucional e de mesma força normativa encontra profundas fundamentações em duas grandes teorias que, nos tempos atuais, necessitam ser analisadas sob uma nova perspectiva. Pelo transcurso natural do tempo, a Teoria da Separação dos Poderes precisa ser readaptada às realidades social e política em que se vive. O relacionamento entre os poderes é constantemente intensificado à medida em que a sociedade se torna mais complexa, seja por avanços tecnológicos ou científicos, ou até mesmo pela maior diversidade de interesses inerentes à individualidade de cada cidadão que vive neste contexto social, o que acaba por desembocar nas esferas política e jurídica.

Na atualidade brasileira, percebe-se que o Poder Legislativo sofre constantemente com a redução do seu poder frente aos outros poderes. As causas do apequenamento deste poder são diversas, e são conteúdo de um amplo estudo doutrinário. Nesse contexto, o fato é que o poder “suprimido” do Poder Legislativo não desaparece e será exercido pelos outros poderes. Talvez a maior expressão do exercício do poder que caberia ao Legislativo, mas que por este não é exercido, seja as inúmeras medidas provisórias editadas pelo Presidente da República e que, para o senso de razoabilidade, não estão de forma alguma revestidas dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência⁶⁰. Ademais, por vezes, o Poder Judiciário toma decisões que *a priori* caberiam ao parlamento, como por exemplo o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, quando a Constituição Federal estabelece expressamente que a mesma só se configuraria entre o homem e a mulher⁶¹, mudança esta que deveria ter sido promovida por Proposta de Emenda à Constituição, competência exclusiva do Congresso Nacional. A esta característica da moderna dinâmica existente nas relações entre o Judiciário e o Legislativo tem se dado o nome de Ativismo Judicial.

⁶⁰ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 10 jul 2013.

⁶¹ Art. 226. [...] § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 set 2013.

Nesse contexto, verifica-se que o sistema de *checks and balances*⁶² contextualizado à presente realidade acaba por tornar a delimitação de competência para cada Poder algo obscuro que pode por vezes deslocar, na prática dos julgamentos, as funções típicas de um poder para outro. O desejo de realizar boas ações através do cumprimento de decisões judiciais ou por meio da edição de medidas provisórias reflete na redução do papel representativo do Poder Legislativo.

Por fim, destaca-se o questionamento: a decretação da perda do mandato Parlamentar por decisão judicial, proveniente de condenação criminal transitada em julgado, estaria extrapolando as competências do Poder Judiciário, ferindo a Teoria da Separação dos Poderes e incidindo em Ativismo Judicial ? Isto é o que será visto no decorrer deste capítulo.

3.1 Teoria da Separação dos Poderes “revisitada”

Para responder ao questionamento acima, adotando-se como marco teórico a doutrina de Bruce Ackerman, convém estudar com alguma profundidade o modo pelo qual a Teoria da Separação dos Poderes deveria ser colocada em prática na atual conjuntura política. Em especial, buscar-se-á a análise acerca do relacionamento entre os Poderes Judiciário e o Legislativo, no contexto democrático brasileiro, à luz de princípios consagrados na Constituição Federal. Sendo experimentados preceitos do Parlamentarismo Limitado, de Bruce Ackerman, na realidade jurídica nacional.

Nessa acepção, cabe rememorar a separação clássica dos poderes, nos termos do que foi exposto em *O espírito das leis*, conforme se verifica abaixo:

“No capítulo VI, do Livro XI, de *O espírito das leis*, Charles Louis de Secondat, a pretexto de descrever a Constituição da Inglaterra, faz a defesa enfática da monarquia limitada, em que as três funções estatais então por ele identificadas (legislativa, executiva e judiciária) são atribuídas a órgãos distintos, dotados de prerrogativas de independência institucional (Poderes), disso resultando um sistema

⁶² O sistema de freios e contrapesos é o modo pelo qual a Teoria da Separação dos Poderes se mantém válida, pois evita a concentração de vários poderes em somente um. Nesse contexto, observe-se passagem de “*O Federalista*” a respeito do tema: “[...] a grande segurança contra uma gradual concentração de vários poderes no mesmo ramo do governo consiste em dar aos que administram cada um deles os necessários meios constitucionais e motivações pessoais que resistam às intromissões dos outros. As medidas para a defesa devem, neste como em todos os demais, ser compatíveis com as ameaças de ataque. A ambição será incentivada para enfrentar a ambição. Os interesses pessoais serão associados aos direitos constitucionais.” HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984. p. 418.

de freios e contrapesos inibidor de abusos e altamente benéfico à liberdade individual.”⁶³

Esta ideia da sedimentação dos poderes entre diferentes órgãos mostra-se bastante eficaz para conter abusos de um ou outro governante ou do Poder Legislativo ou do Judiciário. Estas funções estatais deverão ser observadas, para melhor adequação, sob o prisma constitucional que rege determinada sociedade, a fim de que se possa coadunar a atuação destes poderes com a realidade histórica em que se vive. Nesse sentido, citado por Elival da Silva Ramos, dispõe Konrad Hesse:

“Para tal consideração não decide um dogma abstrato sobre isto, se, e até que ponto, a divisão de poderes na Constituição é ‘realizada completamente’. Critério de realização é, antes, a organização concreta pela Constituição, à qual é importante aqui, como em toda a parte, uma ordem material determinada da atividade de forças históricas reais.”⁶⁴

Como salientado, o princípio da separação dos poderes deverá ser interpretado à luz dos ditames da Constituição vigente, de modo que os fatores persuasivos dispostos na Constituição venham a ter aplicabilidade para a aquela sociedade. Nessa linha de raciocínio, o Ministro Sepúlveda Pertence lecionou em sede de Acórdão proferido pelo STF:

“O princípio da separação e independência dos poderes não possui uma fórmula universal apriorística e completa: por isso, quando erigido, no ordenamento brasileiro, em dogma constitucional de observância compulsória pelos Estados-membros, o que a estes se há de impor como padrão não são concepções abstratas ou experiências concretas de outros países, mas sim o modelo brasileiro vigente de separação e independência dos Poderes, como concebido e desenvolvido na Constituição da República.”⁶⁵

Desta forma, mostra-se prudente analisar a atual separação dos poderes sob o prisma da realidade brasileira, e dialogando com a proposta inovadora de Bruce Ackerman. Nessa compactuação de fatos, normas e teoria, vislumbra-se que uma das principais características básicas da separação dos poderes é colocar frente a frente poderes legiferantes distintos em constante embate de ideias, de forma a evitar o controle das atribuições em um

⁶³ Nesse sentido Montesquieu afirma “que estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer leis; o de executar as resoluções públicas ; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares. Tendo em vista que “ é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a abusar dele”, exceto se “pela disposição das coisas, o poder freie o poder” RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo. Saraiva, 2014. p. 104.

⁶⁴ HESSE, 1998 apud RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo. Saraiva, 2014. p. 114.

⁶⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo. Saraiva, 2014. p. 114 (Acórdão proferido em 7-8-1997, no julgamento da ADI n. 98-5/MT, sob a relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, DJ 31-10-1997)

único poder. Ackerman percebe alguns fenômenos nesse relacionamento os quais são nomeados por ele como impasse e autoridade plena.

O primeiro fenômeno apontado por Ackerman, compatibilizando com a realidade do regime presidencialista brasileiro, ocorre formando alguns cenários diferentes. Quando um Presidente da República possui posicionamento contrário à maioria dos parlamentares acerca de alguma matéria controversa, há a possibilidade de se gerar a negociação e barganha entre os Parlamentares e o Chefe do Executivo, a fim de que este tenha o Projeto aprovado. Este fato se manifesta principalmente pela entrega de cargos públicos e Ministérios para determinadas agremiações partidárias que compõe a base governista no Congresso Nacional.

Por outro lado, outra possibilidade seria o combate constante a propostas de interesse do adversário político, tentando um ou o outro Poder se instalar como único legislador. Nesse contexto, o Poder que deseje se sobrepor ao outro poderá buscar algum respaldo “legitimador”, mediante a implementação de um plebiscito. Tal recurso, em que pese a romântica vestimenta do instituto, de participação direta do povo na democracia⁶⁶, por vezes, é utilizado como instrumento político de ludibriação da massa a fim de garantir certa aprovação popular. Vejamos o que leciona Ackerman:

“[...] os demagogos usaram um plebiscito para legitimar a sua autoridade em um momento de crise, dando aos seus oponentes um tempo muito curto para se organizarem, contrariamente à sua ‘atração exercida junto ao povo’”⁶⁷

Este colapso constitucional pode ser observado alguns estados da América Latina, alguns que internalizaram a separação de poderes e, a partir de então, sob a autoridade, principalmente, de Presidentes que possuíam a personalidade muito cultuada. Vejamos:

“Gerações de liberais latinos tomaram os ditos de Montesquieu, em conjunto com o exemplo dos Estados Unidos, como uma inspiração para criar governos constitucionais que dividem o poder legiferante entre presidentes e congressos eleitos, somente para ver as suas constituições explodidas por presidentes eleitos, somente para ver as suas constituições explodidas por presidentes frustrados quando estes dissolvem congressos intransigentes e se instalam a si mesmos como *caudilhos* com o auxílio de militares e/ou plebiscitos extraconstitucionais. De um ponto de vista comparativo, os resultados são atordoantes.”⁶⁸

O aludido colapso poderá ser evitado, todavia não pelo meio mais desejado. Nesse impasse entre o Congresso Nacional e o Presidente da República, este passará a

⁶⁶ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito;[...] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 7 jul 2013.

⁶⁷ ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 38.

⁶⁸ ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 15.

utilizar-se de meios diretos de se governar, evitando ao máximo a análise por parte do Poder Legislativo. No Brasil, a situação em que isso mais se verifica é na edição de Medidas Provisórias, visto que estas passam a ter eficácia a partir de sua edição, cabendo ao Congresso Nacional apenas a deliberação posterior acerca da proposta legislativa. A utilização das Medidas Provisórias pelo Poder Executivo tem se dado de tal forma que a maioria das leis formuladas na história recente do País não teve origem no âmbito do Poder Legislativo.

O uso deste artifício é um meio utilizado pelo Poder executivo para governar sem a necessidade de se submeter ao crivo dos Legisladores. Nesse contexto, o Presidente da República se utilizará das Medidas Provisórias para garantir maior efetividade e celeridade na execução dos planos de governo. Ackerman chama este fenômeno de Crise de Governabilidade:

“[...]os poderes contendores podem usar os instrumentos constitucionais disponíveis à sua disposição para tornar miserável a vida de um e de outro: a câmara atormentará o executivo, e o presidente realizará ações unilaterais sempre que assim puder safar-se.”⁶⁹

Nesse sentido, Ackerman alerta que este fenômeno já vem acontecendo no Brasil de forma patológica, vejamos:

“Uma vez iniciada a crise, ela dá origem a um ciclo vicioso. Os presidentes quebram impasse legislativos ‘resolvendo’ problemas urgentes com decretos unilaterais que, muitas vezes, vão muito além da sua autoridade constitucional formal ; em vez de protestar, os representantes ficam aliviados por livrarem-se da responsabilidade política de tomar decisões difíceis; os presidentes subsequentes usam tais precedentes para ampliar ainda mais o seu poder, além disso, essa prática nascente pode até ser sistematizada por emendas constitucionais posteriores. Cada vez mais, a câmara é reduzida a um fórum para a postura demagógica, enquanto o presidente toma as decisões difíceis unilateralmente, sem considerar os interesses e ideologias representadas pelos partidos políticos principais no congresso. Este ciclo triste já é visível em países como o Brasil e Argentina, que apenas recentemente emergiram de ditaduras militares.”⁷⁰

Este fenômeno, como observado, tem ocorrido no Brasil nos últimos anos. E isto, aparentemente, mostra-se como uma contradição, visto que na conjuntura atual da política brasileira o Presidente da República tem conseguido maioria absoluta no Congresso Nacional e teoricamente estaria evitando o impasse. Isto pode ser justificado pelas coalizões partidárias e necessárias ao presidencialismo nacional. O chamado Presidencialismo de Coalizão é caracterizado pela multiplicidade de agremiações partidárias, por vezes com quase nenhuma distinção ideológica, que se unem no parlamento a fim de dar sustentação às

⁶⁹ ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 16.

⁷⁰ ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 16.

aspirações do Governo no âmbito do Legislativo, como por exemplo aprovar as inúmeras Medidas Provisórias expedidas pelo Presidente da República. Em troca, estes mais diversificados partidos barganham cargos na Administração Pública, desde cargos estratégicos como o de Ministros de Estado a cargos em comissão mais simples, o que acaba por lotear politicamente órgãos estratégicos na Administração pública, os quais deveriam estar ocupados por pessoas com alta capacidade técnica na área de especialidade exigida. Sendo o Presidencialismo de coalizão assim conceituado:

“O conceito caracterizava-se pela tentativa por parte dos presidentes brasileiros de formar maiorias parlamentares pós-eleitorais agregando partidos à base de sustentação do governo no Congresso em troca da partilha do próprio governo. Uma saída funcional à supostamente exótica combinação de presidencialismo com multipartidarismo fragmentado dificultado pelo federalismo, a operação do sistema presidencial [...], no epicentro do funcionamento do presidencialismo brasileiro, a distribuição de ministérios para formação de maioria parlamentar de um modo que se assemelhava ao procedimento conhecido nos parlamentarismos. Não de graça o termo foi coalizão, emprestado exatamente dos parlamentos europeus para resumir e ao mesmo tempo demarcar o que seria singularidade do funcionamento do sistema brasileiro”.⁷¹

O Presidencialismo de Coalizão existente no nosso país proporciona ao Presidente da República uma constante maioria no Parlamento. Não que todos os parlamentares sejam do mesmo partido do Chefe do Executivo, mas a base governista, composta por vários partidos, em regra, forma a maioria no Parlamento, facilitando, portanto, a aprovação de propostas legislativas do interesse do Executivo, bem como dificultando investigações do Legislativo sobre as atividades do Poder executivo, visto que a fiscalização uma das mais importantes atribuições do Congresso Nacional⁷². Um exemplo clássico disto foi a recente descoberta sobre suposto repasse de perguntas a serem feitas na CPI da PETROBRAS para os próprios interrogados, agentes públicos que atuavam na empresa estatal⁷³. Este é um clássico exemplo de que um Governo com uma ampla base de apoio parlamentar consegue mitigar a atuação do Poder Legislativo, ampliando a interferência do Poder Executivo na atividade legiferante e fiscalizatória do Congresso Nacional.

⁷¹MOISÉS, Álvaro José. *O papel do Congresso Nacional no presidencialismo de coalizão*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242412>>. Acesso em: 1 out 2014.

⁷²Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: [...] X – criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b; BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 10 jul 2013.

⁷³MARQUES, Hugo. Gravações comprovam: CPI da Petrobras foi uma grande farsa. *VEJA*. Disponível em:<<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/gravacoes-comprovam-cpi-da-petrobras-foi-uma-grande-farsa>> Acesso em: 19 ago 2014.

Assim, configura-se no Brasil uma situação em que existe uma forte influência do Poder Executivo nas ações do Legislativo, mas nem tão forte que caracterize uma “autoridade plena”⁷⁴, haja visto que existem elementos suficientes que incidam na crise de governabilidade, diante do impasse gerado em virtude da divergência entre os mais diversos pleitos existentes no interior da base governista no Congresso Nacional. Nesse sentido, existe a necessidade premente de um controle que extrapole a relação entre a Presidência da República e o Congresso Nacional, a fim de que princípios constitucionais tenham sua aplicabilidade preservada. E este controle, na visão do Parlamentarismo Limitado, deverá, no contexto brasileiro, ser efetuado pelo STF, até porque “a separação dos poderes convida cidadãos a investir as suas paixões na personalidade de um líder único, em detrimento dos princípios que devem governar a todos nós”⁷⁵.

Nesse liame de ideias, verifica-se que o povo, por si só, embora exista a positivação constitucional acerca da origem do poder⁷⁶ no Estado democrático de Direito, não tem condições de diretamente exercer um controle efetivo sobre o Parlamento ou sobre o Executivo, mas o pode fazer através de mecanismos da sociedade como a imprensa ou a inovadora Lei de Acesso à Informação⁷⁷. Todavia, faz-se necessária a presença de uma Corte constitucional que faça valer os princípios emanados pela Constituição.

Neste contexto, a Corte⁷⁸ deve limitar a atuação dos agentes políticos, a fim de amoldá-los aos parâmetros legais e principiológicos. Vejamos:

⁷⁴ Bruce Ackerman define o “modo de autoridade plena” quando “o mesmo partido sai vitorioso em eleições sucessivas, em número suficiente para controlar *todos* os poderes relevantes”.

⁷⁵ ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 37.

⁷⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:[...] Parágrafo único. **Todo o poder emana do povo**, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.(grifo nosso)

⁷⁷ BRASIL. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm> . Acesso em: 20 ago 2014.

⁷⁸ Para Fernanda Lohn: “Uma corte constitucional é, por definição, um órgão do judiciário ou diverso, cuja principal função é julgar a constitucionalidade de leis, emitindo pareceres sobre elas e decretos dos poderes Executivo e Legislativo, em consonância com correta aplicação da Constituição. Já uma suprema corte tem caráter de última instância, de corte de apelação. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal – STF – não é autêntica corte constitucional, pois acumula funções de corte constitucional e suprema corte”. Portanto, embora se saiba de suas diferenças terminológicas e de conteúdo, tratarei como sinônimas as expressões Corte constitucional e STF, visto que este também possui a competência de analisar abstratamente a constitucionalidade das normas. LOHN, Fernanda. *O Supremo Tribunal Federal é uma Corte Constitucional ?* Disponível em:< <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-supremo-tribunal-federal-e-uma-corte-constitucional>> Acesso em: 30 set 2014.

“Necessitaremos que uma corte constitucional torne os princípios ordenados pelas pessoas em realidades operacionais. Sem a instituição da *judicial review*, a maioria parlamentar reinante terá estímulos massivos para ignorar ações prévias da soberania popular, sempre que lhe seja conveniente. Este resultado somente gerará o cinismo sobre a possibilidade de as pessoas poderem dar outras aos seus representantes governamentais e esperar que estes representantes lhes obedçam. Só uma corte constitucional forte pode servir esta função.”⁷⁹

Pelo exposto, nota-se que é de suma importância para a democracia a presença de um Tribunal que preze pelo cumprimento da Constituição em todos os seus aspectos, uma Corte que seja atuante mesmo quando se está diante de uma suposta interferência em outro poder, o que posteriormente verificar-se-á que é apenas o asseguramento das garantias constitucionais.

A necessidade de uma Corte limitadora da atuação errônea sob o ponto de vista democrático dos membros do Parlamento inspira cuidados quanto ao aspecto da nomeação dos membros deste Tribunal. No Brasil, a nomeação dos Ministros do STF se dá mediante ato do Presidente da República, seguido de aprovação do Congresso Nacional, representado aqui pelo Senado Federal:

“Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de **notável saber jurídico e reputação ilibada**.
Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.”⁸⁰

Assim, conforme se observa, o Presidente da República que possui amplos poderes no âmbito do Congresso Nacional, poderes estes que não são os mesmos de uma autoridade plena, mas que são amplos, poderá vir a nomear Ministros que se alinhem ideologicamente ao partido do Presidente, sendo parcial quanto existirem causas em que se possa beneficiar ou prejudicar a base governista. Com a destacada importância que o STF ganha nesta inovadora teoria da separação dos poderes, mostra-se muito perigoso às instituições democráticas deixar a cargo de um Presidente da República que, na recente história democrática brasileira, possui ampla influência no Parlamento, a escolha de Ministros para compor a mais alta Corte, ainda mais se pensarmos que os critérios que embasam tal escolha são altamente subjetivos.

Mostra-se salutar que sejam adotados parâmetros mais objetivos e que se garanta à minoria o poder de vetar alguma indicação ao STF que tenha notável viés político. Para

⁷⁹ ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 41.

⁸⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 10 jan 2014. **(grifo nosso)**

tanto, seria recomendável a exigência de um quórum mais elevado para a aprovação do candidato a Ministro, conforme ocorre na Alemanha:

“A Lei fundamental alemã determina que aquele que pretende ser indicado ao Tribunal Constitucional deve obter a aprovação de dois terços dos parlamentares, concedendo assim poder de veto para partidos importantes que compõe a minoria. Isto significa que a coalizão governamental não pode encher o tribunal de correligionários que sustentarão previsivelmente todas as iniciativas do Chanceler.”⁸¹

Pressupostos mais rigorosos de escolha destas autoridades acarretariam na tendência de os parlamentares, tanto integrantes do bloco governamental quanto da minoria, escolherem a opção que seja mais compatível com a característica da imparcialidade e que, portanto, possam desempenhar com isenção o papel de dar cumprimento ao ordenamento jurídico, e, em especial, aplicar a norma a fim de dar concretude aos princípios norteadores da nossa sociedade inseridos na nossa Carta Magna, de forma que seja desvinculado de qualquer viés ideológico proveniente do processo de sua escolha.

3.2 Ativismo judicial ou criação judicial do direito

O ativismo judicial pode ser visto como sendo a atuação do Poder Judiciário em matéria que seria de competência de outro Poder. Sendo o Ativismo Judicial gênero, as espécies seriam a Judicialização da Política e a Politização da Justiça. A primeira se refere às decisões judiciais que interferem em matérias estritamente políticas, como por exemplo, a solução de dúvidas interpretativas acerca de questões *interna corporis* do Legislativo e a “criação” de normas não previstas expressamente pelo ordenamento jurídico, as quais deveriam ser solucionadas pelo próprio Parlamento. Já a segunda espécie de Ativismo Judicial diz respeito às decisões judiciais que implementam políticas públicas, as quais deveriam ser efetuadas pelo Poder Executivo. Para José dos Santos Carvalho Filho, “[...] a Judicialização da política ocorre quando questões sociais de cunho político são levadas ao Judiciário, para que ele dirima conflitos e mantenha a paz, por meio do exercício da jurisdição”.⁸²

Já para Luís Roberto Barroso, a Judicialização e o Ativismo Judicial, apesar de guardarem algumas semelhanças, não têm a mesma origem. A judicialização decorre do modelo constitucional que se adotou, sendo a redemocratização, a constitucionalização abrangente e o sistema misto de controle de constitucionalidade os principais motivos

⁸¹ ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 42

⁸² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ativismo Judicial e Política. *Revista Jurídica Consulex*. Seção Ciência Jurídica em Foco. Edição 307, de 30/10/2010.

ensejadores da mesma, inexistindo para tanto a simples vontade política. Já o Ativismo judicial consiste na atuação do Judiciário para garantir a concretização de direitos, sendo “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”⁸³.

Para este trabalho, analisar-se-á com maior profundidade o Ativismo Judicial, na vertente do agir voltado para manutenção da ordem constitucional, a fim de descobrir o porquê da existência da atuação do Judiciário em atividades legiferantes, criando novas regras no ordenamento jurídico, inclusive normas positivas, função precípua do Poder Legislativo.

Nesse diapasão de ideias, cumpre ressaltar que no Direito comparado, o Ativismo Judicial pode ser visualizado em diferentes intensidades, conforme se observa na dicotomia dos sistemas jurídicos *common law* e romano-germânico. Nesse sentido, assim estabelece Elival da Silva Ramos:

“Se tomarmos o conceito de fontes formais do direito, qual seja, compreendendo o conjunto de atos a que o ordenamento jurídico atribuiu força normativa, com eficácia de vinculante direta sobre a conduta dos sujeitos de direito e sobre órgãos públicos incumbidos oficialmente da solução de controvérsias (jurisdição judiciária ou administrativa), há que se recusar às decisões judiciais o caráter de fonte em sistemas da família romano-germânica, ressalvadas algumas exceções. Essa exclusão em nada afeta o poder limitado de criação normativa que se reconhece, hodiernamente, às decisões judiciais, pois o que importa é que nelas sobressai o aspecto da observância de atos normativos previamente editados em dada situação específica e não a capacidade expansiva de regular comportamentos (tal qual sucede com um contrato). Bem por isso, deve-se reconhecer que, **nos sistemas *civil law*, ‘a jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos para o direito pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa precisamente estabelecer esses quadros’**”⁸⁴

Isto é, enquanto no sistema *common law* existe uma larga possibilidade de atuação do Poder Judiciário sem que isso interfira na atividade do Poder Legislativo, no sistema *civil law*, o império das leis moldará muito mais as decisões judiciais, de forma que ao Poder Judiciário caberá decidir dentro destes quadros. Entretanto, nem sempre a melhor solução jurídica a ser dada ao caso estará amoldada em conformidade com o que o Legislador ou o Constituinte previu antecipadamente. E este é ponto da questão. A decisão judicial deverá dar interpretação inovadora a fim de buscar a solução mais adequada ao caso, mesmo que a norma posta estabeleça o contrário?

⁸³ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 30 set 2014.

⁸⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo. Saraiva, 2014. p. 104. (grifo nosso)

Nesse contexto, verifica-se que no sistema *common law* o ativismo judicial possui um conceituação mais referente à atividade prática do Judiciário frente às questões enfrentadas, proporcionando “a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas”⁸⁵. Enquanto que no modelo jurídico romano-germânico, são encontradas muitas dificuldades para a fixação de parâmetros que possam limitar a atuação do Judiciário na resolução de conflitos, podendo, inclusive, incidir sobre a pretensa separação das funções incumbidas a cada Poder.

A observância deste fenômeno em sistemas jurídicos *civil law* está intrinsecamente ligada à democracia e ao exercício das diferentes funções dos órgãos independentes da cúpula do Poder. Desta forma, verifica-se que mencionar ativismo judicial em nossa realidade jurídica é o mesmo que se referir à interferência do Poder Judiciário nas funções dos outros poderes, e em especial, em conformidade com o objeto de estudo neste trabalho, no Poder Legislativo. Vejamos:

“Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que está a se referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício descabido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da **descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial das funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes.**”⁸⁶

Ademais, esta incursão sobre a função constitucionalmente garantida aos outros poderes, pode ser analisada sob o critério de inovação das decisões judiciais no ordenamento jurídico. É certo que o Poder Legislativo é quem detém maior autonomia na criação de normas, todavia não se pode negar que as decisões do judiciário não são simplesmente normas que fazem a subsunção mecânica do caso concreto à norma. O Judiciário emana normas de decisão, sendo estas inovadoras até certo ponto, dentro dos limites estipulados pelo ordenamento positivado pelo Poder Legislativo. Assim, os atos jurisdicionais deveriam, segundo uma visão mais conservadora, assim ser encarados:

“[...] os atos jurisdicionais estão situados em escalão inferior da ordem jurídica, com referência aos atos de legislação, e se voltam, precipuamente, à atuação de atos normativos superiores, contribuindo, apenas, moderada e limitadamente, na modelagem do conteúdo desses atos.”⁸⁷

⁸⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo. Saraiva, 2014. p. 110.

⁸⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo. Saraiva, 2014. p. 116. (**grifo nosso**)

⁸⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo. Saraiva, 2014. p. 120.

Nesse diapasão de ideias, o ativismo judicial seria considerado como um atentado à separação dos poderes, visto que afeta a divisão de funções entre diferentes órgãos, abalando a estrutura do Estado democrático de direito. O Judiciário estaria extrapolando os limites institucionais de sua competência, pois não estaria apenas julgando casos, resolvendo litígios, mas criando novas normas e interferindo na função do Poder Legislativo. Conforme se observa da definição de Elival da Silva Ramos:

“[...]por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário em detrimento dos demais Poderes.”⁸⁸

Em que pese o posicionamento adotado por Elival da Silva Ramos e outros juristas com posicionamentos parecidos sobre o tema, Inocêncio Mártires Coelho contrapõe tal posicionamento, classificando diversas decisões do STF na simples criação judicial do direito, o que já é amplamente conhecido na história jurídica. É certo que toda norma para ter efetividade no mundo real necessita de atuação do Judiciário. Este agir do Judiciário poderá variar conforme o sistema jurídico em que o Juiz estará inserido, tendo, a princípio, mais liberdade de atuação no sistema *common law* e menos no sistema *civil law*, tendo em vista que no primeiro as decisões jurisprudenciais são fontes extremamente fortes do direito, enquanto que no sistema derivado do romano-germânico a lei é o principal balizador. Assim, Inocêncio Mártires Coelho contrapõe-se à pretensa classificação de Ativismo Judicial existente na decisão do STF que decretou a perda automática do mandato parlamentar decorrente de decisão criminal transitada em julgado, já que na atual conjuntura política, a atuação do Poder Judiciário deverá ser balizada por critérios de justiça e não somente à cega aplicação legal.

O Congresso Nacional americano recebeu mensagem do então presidente, Theodore Roosevelt, a qual destacava a importância da atuação do Judiciário para a concretização dos direitos garantidos pelo Poder Legislativo ao cidadão:

“Os principais criadores do direito [...]podem ser, e frequentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda a vez que interpretam um contrato, uma relação real [...] ou as garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas dum sistema de filosofia social; com essas interpretações, de fundamental importância, emprestam direção a toda atividade de criação do direito. As decisões dos tribunais sobre questões econômicas

⁸⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo. Saraiva, 2014. p. 129.

e sociais dependem da sua filosofia econômica e social, motivo pelo qual **o progresso pacífico do nosso povo, no curso do século XX, dependerá em larga medida de que os juízes saibam fazer-se portadores duma moderna filosofia econômica e social, antes que de superada filosofia, por si mesma produto de condições econômicas superadas.**”⁸⁹

Se no curso do século passado já se vislumbrou a contínua participação do Judiciário na resolução de problemas sociais, mostra-se evidente que no século XXI, com o aumento da complexidade das relações sociais, a atuação deste Poder continue se manifestando para a garantia do progresso em sociedade. E esta manifestação deve se dar de forma a manter o conteúdo de valores enraizados no meio social. A interpretação deverá ser efetuada buscando-se a explicitação dos conceitos que norteiam as normas expressas na Constituição.

Nesse sentido, Francisco Campos, Ministro de Estado da Justiça, durante a abertura dos trabalhos do STF, em 2 de abril de 1942, proferiu o seguinte discurso:

“Juiz das atribuições dos demais Poderes, sois o próprio juiz das vossas. O domínio da vossa competência é a Constituição, isto é, o instrumento em que se define e se especifica o Governo. No poder de interpretá-la está o de traduzi-la nos vossos próprios conceitos. Se a interpretação, e particularmente a interpretação de um texto que se distingue pela generalidade, a amplitude e a compreensão dos conceitos, não é operação puramente dedutiva, mas atividade de natureza plástica, construtiva e criadora, no poder de interpretar há de incluir-se, necessariamente, por mais limitado que seja, o poder de formular. O poder de especificar implica margem de opção tanto mais larga quanto mais lata, genérica, abstrata, amorfa ou indefinida a matéria de cuja condensação há de resultar a espécie.”⁹⁰

Dentro da conhecida função de aplicar a Constituição está inserida atividade construtiva, criando o direito da vida real, retirando a abstração constitucional a fim de dar concretude do direito à lide nos moldes do que dispõe os princípios inseridos na Lei Fundamental. A atividade judicial que aplica a Constituição, entretanto sem haver uma subsunção gramatical clara do fato à norma, pode ser compreendida como sendo a funcionalidade dos Princípios norteadores desse direito. Observe-se o que Inocêncio Mártires Coelho destacou:

“Um ligeiro passar de olhos sobre as decisões da jurisdição constitucional ilustra, sobejamente, o crescimento dessa *legislação judicial* em diversos sistemas jurídicos. No Brasil, sob aplausos de uns e críticas de outros, vemos a todo instante o STF criar *direito novo*, embora sempre com a cautela de anunciar que as normas emergentes dos seus julgados não surgiram do nada, antes foram apenas extraídas do

⁸⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. *Ativismo judicial ou criação judicial do direito?*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>> Acesso em: 10 set 2014. **(grifo nosso)**

⁹⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. *Ativismo judicial ou criação judicial do direito?* Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>> Acesso em: 10 set 2014.

próprio texto da Constituição, onde estavam insinuadas, latentes ou implícitas, esperando o momento de se mostrarem às claras.”⁹¹

Conforme se verifica, determinadas decisões, por mais que não estejam amparadas pelas normas expressamente, devem ser tomadas com vistas a satisfazer os princípios incutidos na Constituição. A interpretação da Constituição Federal deverá ser feita com base em uma atividade formuladora do direito, e isto é inerente à própria aplicação do direito. Nenhuma decisão é tomada com fulcro no nada jurídico, mas sim no direito, o qual não se limita à pura e mecânica aplicação da lei ou da literalidade da Constituição, em que pese vivermos sob um ordenamento jurídico guiado pelo sistema romano-germânico.

A Lei de Introdução às normas do direito brasileiro estabelece no seu Art 4º que, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”⁹². E, até mesmo, quando esta tiver precisão literal nos seus termos, o aplicador do direito buscará atender finalidades que supram critérios de correção e de justiça segundo o entendimento do intérprete da Constituição. Nesse sentido, o Art. 5º da mesma legislação dispõe que “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”⁹³. Ou seja, mesmo quando a interpretação da norma se mostrar clarividente, a finalidade social deverá ser buscada a fim de que o bem comum seja atendido. Portanto, para além da simples aplicação literal da Constituição, o intérprete constitucional deverá preservar as instituições democráticas, mantendo em sintonia o Estado democrático de direito com os direitos fundamentais dos cidadãos, inclusive o de ser representado por Parlamentares que prezem pela coisa pública e que não a utilizem para benefício próprio, possuindo como objetivo maior a preservação do Princípio Republicano⁹⁴.

⁹¹COELHO, Inocêncio Mártires. *Ativismo judicial ou criação judicial do direito?* Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>> Acesso em: 10 set 2014.

⁹²BRASIL. *Decreto-Lei Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, 1942. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm >. Acesso em: 3 set 2014.

⁹³BRASIL. *Decreto-Lei Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, 1942. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm >. Acesso em: 3 set 2014.

⁹⁴ “[...] a ideia de República está associada à circunstância de que os agentes públicos, os administradores, gerem alguma coisa que não lhes pertence; é uma coisa pública, uma **res publicae**, algo que pertence à coletividade. E o pacto que muitas vezes se faz, por conta do sistema eleitoral brasileiro, entre esses agentes políticos responsáveis pela gestão pública e os interesses privados que participam do processo eleitoral compromete este caráter republicano, reforçando a pior tradição brasileira de patrimonialismo, essa nossa tradição ibérica, essa tradição de um modelo de Estado que não separava a fazenda do rei da fazenda do reino, e consequentemente não distinguia adequadamente o público do privado.” BARROSO, Luís Roberto. *Ação direta de inconstitucionalidade 4.650/df. voto*. Disponível em: < <http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/ADI-4650-voto-LRB.pdf> >. Acesso em: 30 set 2014.

Nesse liame de argumentos, a criação judicial do direito nada mais é do que a própria natureza de aplicabilidade da norma constitucional ao caso concreto, buscando-se dar efetividade a valores e princípios que estão presentes na Constituição Federal e que, para fins de se buscar a justiça e a aplicação do melhor direito, são, por vezes, mais relevantes ao caso que a literalidade da Carta Magna. Nesse sentido, para Inocêncio Mártires Coelho, a criação judicial do direito seria:

“[...]o exercício regular do poder-dever, que incumbe aos juízes, de transformar o direito legislado em direito interpretado/aplicado, ou seja, a *verba legis* em *sententia legis* – caminhando do geral e abstrato da lei ao singular e concreto da prestação jurisdicional, a fim de realizar a justiça em sentido material, que é dar a cada um o que for seu.”⁹⁵

Assim, no caso em foco, a possibilidade da perda automática do mandato parlamentar, decorrente de decisão criminal transitada em julgado comporta duas leituras literais na Constituição de 1988, e, para se solucionar a dicotomia de decisões cabíveis, o aplicador da Constituição deverá se valer dos princípios norteadores da Carta Magna, de forma que seja respeitada a unicidade da Constituição. Além do que, esta busca axiológica no íntimo constitucional integra o habitat da atividade hermenêutica e seria leviano afirmar que a interpretação da Constituição, a partir de uma possibilidade interpretativa fornecida pela própria Carta Magna, caracterizaria a incursão em competência de outro poder, desrespeitando a Separação de Poderes.

Portanto a alegação de infração à separação dos poderes, pelo simples fato de restar caracterizada a criação judicial, não merece respaldo, visto que esta afirmativa só poderá ser confirmada mediante clara e incontroversa contrariedade à Constituição federal, sendo, para nós, aí sim estar presente o que se chama de ativismo judicial na concepção mais negativa que se tenha dele. Todavia quando Corte Constitucional apenas adota uma das interpretações possíveis da Constituição Federal não caberá acusação de Ativismo Judicial. Neste contexto, conclui Inocêncio Mártires Coelho:

“Afinal, parece óbvio que um conteúdo normativo vinculante não se obtém de um texto normativo *marco*; que não é possível subordinar-se a interpretação a algo que ela mesma irá produzir; ou, ainda, que sendo indeterminadas as normas

⁹⁵COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito?. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>> Acesso em: 10 set 2014.

constitucionais objeto de exegese, o seu significado só se revelará ao termo da interpretação, para a qual, por isso mesmo, não pode servir de ponto de partida.”⁹⁶

A jurisprudência é fator determinante para a transmutação do significado da norma em abstrato para a realidade. É ela que dá o sentido real ao enunciado positivado, de forma a manter inclusive a separação dos poderes, evitando a aplicação mecânica da lei ao caso concreto, o que concentraria em um mesmo poder a competência de legislar e de julgar, visto que a atividade judicial seria plenamente dispensável.

Desta forma, falar em correta aplicação do direito implica necessariamente em ampla discricionariedade interpretativa, a fim de que se aplique com justeza o direito vigente, não sendo entendido este apenas como a literalidade da norma, mas sim como o conjunto de normas, princípios e valores. O direito é mais do que a aplicação do que está escrito para a busca de uma completa segurança jurídica, ele é a forma pelo qual a autoridade julgadora vai se valer das normas vigentes para melhor adequar os valores presentes na sociedade contemporânea à aplicação desta norma no caso em julgamento. Conforme se observa:

“[...]a lei não esgota o Direito, antes exige, quando necessário, concretizá-lo para além do sentido literal dos enunciados normativos, a função do juiz não se resumirá a *dizer* um direito previamente posto e sobreposto, e tampouco a servir de mero porta-voz do legislador, como preconizava Montesquieu, que reduzia o juiz à condição de *boca que pronuncia as palavras da lei*, e a função de julgar, a uma espécie de *prerrogativa de certo modo nula*.

Diversamente, esse *novo juiz* é aquele que faz o direito no momento em que decide as causas e controvérsias, porque verdadeiro legislador não é a pessoa que por primeiro escreveu ou ditou quaisquer normas jurídicas, mas quem dispõe de autoridade absoluta para *interpretá-las*, uma prerrogativa que se potencializa quando os enunciados normativos não veiculam comandos precisos ou *regras de direito*, antes se apresentam como fórmulas abertas, como *princípios jurídicos*, que servem de ponto de partida e de apoio para que o julgador construa a decisão que repete *correta* e *justa* em cada situação hermenêutica.”⁹⁷

Outrossim, a interpretação é o que deve dar sentido à norma posta em face das especificidades de cada caso submetido à autoridade julgadora, devendo para tanto se valer destes princípios jurídicos, sendo a norma positivada apenas o início do processo interpretativo. Vejamos:

⁹⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. *Ativismo judicial ou criação judicial do direito?* Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>> Acesso em: 10 set 2014.

⁹⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. *Ativismo judicial ou criação judicial do direito?* Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>> Acesso em: 10 set 2014.

“Aprofundando-se um pouco mais a análise do processo de realização do direito, percebe-se que no começo da atividade hermenêutica está o texto da lei, só aparentemente claro e fácil de aplicar, e no final – se este existe – entretecida em torno do texto, encontra-se toda uma teia de interpretações, restrições e complementações, que regula a sua aplicação no caso singular e que transmutou amplamente o seu conteúdo, a ponto de, em casos extremos, torná-lo quase irreconhecível. Um estranho resultado daquilo que o jurista se habituou a denominar simplesmente “aplicação das normas”, mas que um mínimo de sinceridade nos impõe reconhecer como aberta criação judicial do direito.”⁹⁸

Por fim, verifica-se que a diversidade de situações fáticas devida a natural complexidade das relações sociais nos dias de hoje exige cada vez mais que os aplicadores do direito tenham flexibilidade jurisdicional na aplicação das normas a fim de obter a solução mais justa. Logicamente, nem todos os casos serão solucionados pela simples aplicação do texto normatizado, e quando isto ocorrer há de se verificar se esta subsunção tradicional estará acobertada pelos princípios que regem a Constituição e o ordenamento jurídico. E isto não pode ser entendido como desrespeito à separação dos poderes, mas sim como o fortalecimento da democracia, das instituições republicanas e do próprio Princípio da Separação dos Poderes.

⁹⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>> Acesso em: 10 set 2014.

4 INOVAÇÃO CONSTITUCIONAL

Nesse contexto de decisões totalmente divididas no âmbito do STF no que tange à possibilidade da perda automática do mandato parlamentar, houve movimentação no Parlamento para que ficasse expresso no texto constitucional que a perda do mandato parlamentar seria decretada pelo próprio Supremo Tribunal em determinados casos, evitando dúvidas acerca da deliberação, pela Casa Legislativa a que o parlamentar pertencesse, sobre a manutenção do mandato do parlamentar criminalmente condenado.

Esta proposta ganhou força com os movimentos populares de junho de 2013 e vem sendo tema de intensas discussões no âmbito do Congresso Nacional. Ademais, esta matéria encontra algumas especificidades nos seus debates, visto que alguns parlamentares que seriam prejudicados diretamente com sua aprovação estariam participando do processo legislativo da pretensa alteração constitucional.

A Proposta de Emenda à Constituição nº 18/2013, no Senado, a qual estabelece a perda automática dos mandatos quando o parlamentar for condenado com sentença transitada em julgado por crimes contra a Administração Pública ou por improbidade administrativa, possui como principal signatário o Senador Jarbas Vasconcelos, e visa dar segurança jurídica a situações em que detentores de mandato no Poder Legislativo que venham a ser condenados pelas infrações acima citadas tenham desde a condenação a perda do mandato decretada, não ficando à mercê da mudança de entendimento da Corte Suprema.

4.1 Proposta de Emenda à Constituição nº 18, de 2013, no Senado (nº 313/2013, na Câmara dos Deputados)

Tendo em vista as movimentações no Poder Judiciário para que fosse dada interpretação distinta da gramatical ao art 55 da Constituição Federal, tramita no Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição nº 18, de 2013, a qual visa alterar o dispositivo constitucional para tornar a perda do mandato parlamentar automática, nos casos em que este tenha sido condenado por improbidade administrativa ou crime contra a Administração Pública. Nos seguintes termos a PEC originariamente estabelece:

“Art.55.....

 §3º-A – A perda do mandato será automática, nas hipóteses dos incisos IV e VI, quando a perda dos direitos resultar de condenação por improbidade administrativa

ou de prática de crime contra a administração pública, com sentença transitada em julgado.

§3º-B – Na hipótese do parágrafo anterior, a Mesa da respectiva Casa Legislativa limitar-se-á a declarar a perda do mandato.

§4º - A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º, 3º e 3º-A.”⁹⁹

A Proposta de emenda à Constituição, que possui como primeiro signatário o Senador Jarbas Vasconcelos, possui como escopo a resolução desta aparente antinomia constitucional. No § 3º- A há a distinção entre as condenações criminais transitadas em julgado, a fim de que se evite a situação já aventada pelos Constituintes, em que condenados por crimes de trânsito, por exemplo, viessem a perder o mandato parlamentar automaticamente com o trânsito em julgado. O Constituição originária iguala os parlamentares que foram condenados por crimes de menor potencial ofensivo aos que praticaram crimes contra a Administração Pública, subvertendo toda a lógica republicana do mandato.

Nesse contexto, observe-se a exposição de motivos da PEC nº 18/2013:

A proposição que ora submetemos à apreciação dos eminentes pares tem o objetivo de elucidar as recentes querelas que envolvem a interpretação dos efeitos de uma condenação criminal sobre o exercício de mandato no Congresso Nacional. A disciplina de tal matéria, dessa forma esclarecedora, que, por força da Constituição, são contemplados pelas determinações constitucionais relativas aos congressistas.

Evita-se que o parlamentar venha a perder o seu mandato em face de condenação criminal por delito de trânsito, por exemplo, ou mesmo em razão do que alguns crimes menores, uma vez que a condenação criminal transitada em julgado implica perda dos direitos políticos, e é incongruente, antinômico, naturalmente, o exercício de mandato parlamentar por quem é destituído de direitos políticos.

Hoje, por decisão do Supremo Tribunal Federal, vige o entendimento de que a condenação criminal trará como consequência a perda do mandato parlamentar. Tal decisão, entretanto, deu-se por apertada maioria, além de reverter jurisprudência histórica. Dessa forma vivemos um ambiente de alguma insegurança, a exigir de melhores e mais precisas definições.

Por outra parte, o exame histórico do processo constituinte aponta em sentido diverso do entendimento adotado pelo STF: quando o texto inicial propunha que a condenação criminal implicasse perda de mandato, uma emenda, regularmente apresentada pelo constituinte Antero de Barros e destacada pelo constituinte Fernando Lyra, propôs que nessa hipótese somente a manifestação do Plenário poderia decidir a perda de mandato. A emenda foi formalmente aprovada, após debate esclarecedor e manifestação favorável do Relator da Constituinte, Bernardo Cabral.

Assim, em tese, até a decisão recente do STF, a matéria se encontrava claramente definida. Não é este, entretanto, o seu contexto atual. O tema se encontra no momento sob algumas sombras, o que torna necessária uma definição que o torne isento de dúvidas e questionamentos.

Diante desse quadro, a proposta que ora apresentamos busca contribuir para aclarar a matéria, conferir à sua disciplina constitucional equilíbrio e

⁹⁹ BRASIL. SENADO FEDERAL. Proposta de Emenda à Constituição nº 18/2013. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=112161>. Acesso em: 22 set 2014.

temperança, além de trazer deliberação final a esse respeito ao seu leito natural, o Congresso Nacional, evitando assim a chamada judicialização da política.

Solicitamos aos eminentes pares a devida atenção e o imprescindível apoio para o exame e a aprovação da proposta que ora apresentada.¹⁰⁰

Vale destacar que quando esta PEC foi apresentada o posicionamento do STF era a favor da perda automática do mandato parlamentar, como sendo um efeito da condenação criminal, nos termos do que dispõe o Art. 92 I do Código Penal. O STF adotou este posicionamento no julgamento da Ação Penal nº 470, em dezembro de 2012, e a PEC nº18/2013 foi apresentada no Senado Federal em abril de 2013 com o objetivo de dar clareza constitucional sobre o tema e afastar quaisquer dúvidas que viessem a ser suscitadas em julgamentos posteriores, para não dar margem à interpretação diversa pelos membros do STF. Todavia, já em agosto de 2013, em sede da Ação Penal 565/RO, com o vagaroso trâmite da proposta, acompanhada da mudança da composição do Tribunal¹⁰¹, o entendimento foi modificado de forma a garantir à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal a deliberação sobre a perda do mandato do condenado. Por isso, justifica-se a presença do trecho: “Hoje, por decisão do STF, vige o entendimento de que a condenação criminal trará como consequência a perda do mandato parlamentar”, o qual, sabidamente, está desatualizado.

Ademais, a motivação desta proposta visa evitar pretensão ativismo judicial, tendo em vista que as regras para a perda do mandato parlamentar para os condenados criminalmente estariam mais claras e definidas, não expondo a uma mesma consequência jurídica parlamentares que tenham sido condenados em razão de crimes com a natureza completamente distinta da natureza do exercício do mandato parlamentar.

As razões dessa diferenciação entre os condenados por crimes contra a Administração Pública e improbidade administrativa e outros crimes de menor potencial ofensivo se dão em virtude da própria essência da representação política que exerce o Congressista, sendo aqueles totalmente incompatíveis com o exercício parlamentar. Nesse sentido, defende o Senador Jarbas Vasconcelos:

“Como é de conhecimento público, o Congresso Nacional está às portas de um

¹⁰⁰ BRASIL. SENADO FEDERAL. Proposta de Emenda à Constituição nº 18/2013. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=112161> Acesso em: 22 set 2014.(grifo nosso)

¹⁰¹ No período temporal entre estas decisões exaradas pelo STF, os Ministros Teori Zavaski e Luis Roberto Barroso tomaram posse, sendo que foram estes Ministros que votaram no sentido de modificar o entendimento adotado no julgamento do vulgo “mensalão”, a fim de proporcionar à Câmara ou ao Senado a possibilidade de deliberar acerca da manutenção do mandato.

provável tensionamento com o Supremo Tribunal Federal, em decorrência da iminente finalização da Ação Penal nº 470, a chamada ação penal dos mensaleiros, que trata do julgamento dos mensaleiros do PT e de outros partidos, denunciados por improbidade administrativa praticada durante o governo do ex-Presidente Lula.

Ainda que esteja pendente a publicação do Acórdão, aguardado para os próximos dias, e ainda que haja a expectativa de recursos por parte da defesa dos réus, na eventualidade da confirmação das penas de prisão de alguns deles, como os Deputados José Genoíno e João Paulo Cunha, do Partido dos Trabalhadores, à Câmara dos Deputados não restará outra opção que não seja obedecer à decisão daquela Corte, declarando a perda de seus mandatos, uma vez que é incompatível o exercício de mandato parlamentar por alguém condenado à pena de privação de liberdade.

Com interpretações divergentes do texto da Constituição Federal, os dois órgãos se declaram titular da competência de decidir sobre a perda dos mandatos dos Deputados condenados. O imbróglio envolvendo o Congresso Nacional em especial a Câmara dos Deputados e o Supremo, tomou os noticiários com declarações de Ministros e Deputados, mas, até agora, não se chegou a um entendimento. Estamos na condição de espectadores e sabemos que, se não houver sabedoria por parte do Presidente da Câmara, Deputado Henrique Eduardo Alves, esse desfecho poderá causar uma rusga desnecessária com o Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, Sr. Presidente, não podemos ficar assistindo passivamente a posicionamentos como aquele do ex-Presidente daquela Casa, Deputado Marco Maia, que, logo após o julgamento do mensalão, insistia que o Plenário deveria ter a palavra final a respeito do mandato dos condenados na Ação Penal nº 470. Não é possível que haja interpretação diferente da expressada pelo Supremo Tribunal Federal, que determinou que os réus condenados perdessem, também, os seus mandatos parlamentares.

Apesar disso, vez ou outra, vemos pessoas públicas insistindo na tese de que o Plenário é soberano, quando se trata de perda de mandatos, ainda que haja sentença transitada em julgado.

Por essa razão, para evitar que a celeuma se prolongue por mais tempo e por considerar que o decoro requerido de um parlamentar não pode conviver com a comprovada falta de ética e probidade no trato da coisa pública, a Proposta de Emenda à Constituição nº 18, de 2013, que apresentei com o apoio de mais de 27 Senadores, acrescenta os §§ 3º-A e 3º-B ao art. 55 da Constituição Federal, prevendo que: “A perda do mandato será automática [...] quando a perda dos direitos resultar de condenação por improbidade administrativa ou da prática de crime contra a Administração Pública, com sentença transitada em julgado”. Prevê, ainda, que: “(...) a Mesa da respectiva Casa Legislativa limitar-se-á a declarar a perda do mandato.”¹⁰²

Outrossim, destaca-se que o mecanismo de se deliberar acerca da perda de mandato, mesmo após a condenação transitada em julgado, seria um meio de promoção de um certo controle das decisões do STF, garantindo-se a prática do *check and balances*. Entretanto, o instituto tomou outra feição, servindo mais ao fisiologismo que ao fortalecimento das instituições democráticas, conforme destaca o Senador:

“[...] não podemos, Sr. Presidente, ficar à mercê de decisões fundamentadas no fisiologismo e clientelismo que coadunam com o malfeito, que passam a mão na cabeça de quem “meteu a mão no pote”, apenas para privilegiar

¹⁰² BRASIL. SENADO FEDERAL. Diário do Senado Federal nº 49, de 2013. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=15800>>. Acesso em: 15 set 2014.

aliados.”¹⁰³

Com base nestes argumentos, o principal signatário, por meses, pediu apoio aos seus pares e à Presidência do Senado para que a PEC nº 18/2013 fosse incluída em pauta para votação. Conforme se observa:

“Eu tenho acompanhado o comportamento do Presidente Renan Calheiros na condução dos trabalhos desta Casa em busca de uma agenda positiva. Nesse sentido, nada mais positivo do que o presidente apoiar a proposta de emenda a que me refiro que é de minha autoria, apoiada por mais 27 senadores. É um projeto proativo que extingue qualquer controvérsia em torno da perda de mandato parlamentar. Pela proposta a perda será automática e declarada pela respectiva Casa, quando resultar de condenação por improbidade administrativa ou da prática de crime contra a Administração Pública, com sentença transitada em julgado. Desta forma, quem decide, definitivamente, sobre a perda de mandato parlamentar é o Supremo Tribunal Federal, restando ao Legislativo, apenas, cumprir sentença judicial.”¹⁰⁴

Neste contexto, verificou-se imensa dificuldade política para que a matéria fosse pautada. E isto foi constatado em uma conjuntura política de constante tensão entre o STF e o Congresso Nacional. Ademais, esta tensão institucional foi expandida à tentativa de supressão de atribuições do Ministério Público, de forma que prejudicasse os julgamentos futuros a serem feitos pelo STF. Vale observar os temas levantados pelo Senador Randolfe Rodrigues:

“Senador Jarbas, quero cumprimentar V. Ex^a e, primeiro, suscitar que propostas que deveriam andar com celeridade nas duas Casas do Congresso Nacional deveriam ser como a de V. Ex^a. Aliás, sua proposta já tramita há algum tempo. Estranhamente, a Comissão de Justiça da Câmara coloca para votar, na frente de várias outras propostas de emenda à Constituição uma que retira as atribuições que, na prática, insurgem contra as atribuições do Supremo Tribunal Federal. Estou preocupado, Senador Jarbas, pois estamos em uma escalada perigosíssima: de um lado, apresenta-se uma proposta de emenda à Constituição que retira atribuições do Ministério Público, a chamada PEC 37, e o Presidente da Câmara já marca a votação dessa PEC para agora em junho. Ele nos informou isso diante de Promotores de Justiça e de Procuradores da República. Aprovada, essa proposta de emenda à Constituição é característica de ditaduras. Retirar poder de Ministério Público... Um Ministério Público sem poder investigatório só existe em ditaduras. Aí, logo em seguida, uma outra proposta de emenda constitucional cujo mérito poderia até ser debatido. O problema é o inusitado de ser apresentada como medida retaliatória. É a mesma coisa da proposta do Projeto de Lei da Câmara nº 14, que nós barramos aqui no Senado, cuja tramitação foi suspensa pelo Supremo. O mérito do projeto poderia até ser debatido, poderia fazer parte do bojo de um contexto de reforma política, mas ele é apresentado circunstancialmente, deslocado de outros temas necessários de reforma política, só para atender a um interesse casuístico. Nenhuma democracia resiste à tentação do casuísmo continuado e nenhuma democracia resiste a tentações autoritárias de se retirarem poderes de outras instituições e de se retirem atribuições de outras instituições. O Supremo Tribunal Federal, quando suspende a tramitação de um projeto aqui é porque um dos poderes da República, neste caso, o Congresso Nacional, está exacerbando nas suas atribuições e legislando em função de

¹⁰³ BRASIL. SENADO FEDERAL. Diário do Senado Federal nº 49, de 2013. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=15800>>. Acesso em: 15 set 2014.

¹⁰⁴ BRASIL. SENADO FEDERAL. Diário do Senado Federal nº 49, de 2013. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=15800>>. Acesso em: 15 set 2014.

casuísmos, e não em função da democracia e da República. Cumprimento V. Ex.^a”¹⁰⁵

A respeito deste discurso, destaca-se que a PEC 37, de 2011, foi a proposta que visava a diminuição dos poderes do Ministério Público por meio da modificação do Art. 144 da Constituição Federal. Esta proposição objetivava o acréscimo do § 10º ao citado dispositivo, de forma que tornasse a investigação das infrações penais competência privativa das polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal. Esta Proposta foi alvo de duras críticas no cenário nacional e rejeitado amplamente pela opinião pública, postura esta que foi verificada nas manifestações de junho de 2013. Isto é, neste estranhamento institucional entre os Poderes, a PEC 37 foi priorizada na pauta de votações e caso não fosse o alarde da imprensa sobre a proposta e as indicações do retrocesso democrático, o que fatalmente ocorreria com a aprovação da proposta.

A PEC 37/2011 se opõe frontalmente ao sentido disposto na PEC nº 18/2013. Enquanto esta visa o fortalecimento das decisões do STF, garantindo a perda imediata do mandato parlamentar dos condenados por crimes contra a Administração Pública e por improbidade administrativa, e, consequentemente, o avanço das instituições democráticas, como o próprio mandato parlamentar como um instituto de representação dos cidadãos, aquela beneficia o infrator, visto que exclui mais uma possibilidade de investigação.

Sobre o assunto, Lênio Streck, Procurador de Justiça do Rio Grande do Sul, ratifica posicionamento no sentido de que a PEC 37 teria sido proposta para beneficiar políticos frente a decisões do STF, visto que as diligências realizadas pelo Ministério Público foram utilizadas fundamentalmente pelo STF. Vejamos:

“O MP frequentemente investiga parlamentares e é muito comum que ele apresente denúncias contra deputados e senadores. A aprovação da PEC poderia ser uma retaliação às investigações que incomodam? O Ministério Público cometeu erros nestes 25 anos. Todos cometem erros. Mas a PEC 37 é feita para punir os acertos do Ministério Público. O Ministério Público é pago para defender interesses públicos que historicamente serviram a uma minoria. Contrariar esses interesses é fazer inimigos, por assim dizer. Quem acusa não agrada aos réus ou potenciais réus. O que me intriga é o Brasil querer ser comparado a Uganda e Indonésia. Se todos buscamos inspiração no direito constitucional alemão, escrevemos centenas de teses imitando os alemães e espanhóis, por que é que na investigação criminal queremos imitar o país de Idi Amin Dada [ex-ditador de Uganda]?”¹⁰⁶

¹⁰⁵ BRASIL. SENADO FEDERAL. Diário do Senado Federal nº 59, de 2013. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=16360>>. Acesso em: 12 set 2014.

¹⁰⁶ STRECK, Lênio. Lênio Streck: 'A PEC 37 é feita para punir os acertos do Ministério Público'. Veja. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/lenio-streck-a-pec-37-e-feita-para-punir-os-acertos-do-ministerio-publico>> Acesso em: 10 ago 2014.

Posteriormente, Streck também entende que a aprovação da PEC também seria uma forma de proteção aos políticos que vierem a cometer crimes, tendo em vista que a opinião pública e a pressão popular exercem uma legítima fiscalização sobre as decisões do STF, o que vêm ocasionando em condenações de políticos. Observe-se:

“O STF utilizou extensivamente as investigações que o MP fez do escândalo do mensalão e acabou condenando 25 pessoas. Com a aprovação da PEC, casos de sucesso como esses serão raros? Podem acabar?” O mensalão é uma pedra no sapato dos defensores da PEC 37. Se não fosse o Ministério Público, processos dessa envergadura não teriam chegado a esse patamar. Historicamente, pode-se dizer que *la ley es como la serpiente, solo pica a los descalzos* [a lei é como a serpente, só pica os descalços]. Os poderosos sempre se livram dos rigores da lei penal, porque usam “botas”. A PEC 37 apenas alonga o cano das botas dos poderosos. Mexer com a estrutura das instituições é algo que faz que você pague por esse acerto depois. Toda vez que o MP acerta, ele cria um déficit de simpatia. É inexorável que o Ministério Público vá fazer inimigos, porque nosso histórico é de que não vai dar em nada.”¹⁰⁷

Nesse contexto, a PEC 37 teria sido utilizada pelo Congresso Nacional como uma tentativa de retaliação à condenação dos réus na Ação Penal 470, visto que as diligências do Ministério Público Federal foram de fundamental importância para a comprovação dos crimes cometidos.

A rejeição da PEC 37 como resultado da pressão popular e da opinião pública deixou bem claro o caminho para a moralidade que tem sido buscado pela população mais esclarecida do nosso País. A PEC 18, de 2013, objetiva esta moralização para, inclusive, mostrar ao cidadão que atitudes incompatíveis com a detenção de um mandato conferido pelo povo não merecem respaldo no Congresso Nacional, devendo estes mandatos serem apenas declarados perdidos com a condenação transitado em julgado.

Assim, o Senador Jarbas Vasconcelos se manifestou no sentido de que a aprovação da PEC 18/2013 iria ao encontro dos anseios populares demonstrados em junho de 2013:

“Se antes oportuna, agora a proposta se faz urgente, em resposta célere ao clamor popular, e por atender em grande parte às expectativas da maioria das pessoas que está nas ruas e, tenho certeza, daquelas que não podem estar, mas subscrevem o conteúdo das manifestações.

Uma das coisas que mais inquietam a população, Sr. Presidente, é a sensação de impunidade. Enquanto não se acaba com a impunidade no Brasil, não só o Senado e a Câmara ficam expostos, toda a Nação fica exposta, porque o sentimento de se conviver com impunidade é o que mais ofende, é o que mais toca as pessoas, por verem prosperar as coisas indignas, as coisas erradas.

¹⁰⁷ STRECK, Lênio. Lênio Streck: 'A PEC 37 é feita para punir os acertos do Ministério Público'. Veja. <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/lenio-streck-a-pec-37-e-feita-para-punir-os-acertos-do-ministerio-publico>> Acesso em: 10 ago 2014.

Cabe a este Parlamento não deixar passar em vão os apelos da população e assumir o papel decisivo de apresentar e discutir propostas que venham a produzir as mudanças de que tanto a sociedade necessita.”¹⁰⁸

Portanto, a aprovação desta proposta faz-se necessária para o cumprimento das reivindicações dos cidadãos e para a premente moralização da política brasileira a fim de que se restaure a identificação do eleitor com seu representante, característica basilar no regime de democracia representativa em que vivemos.

4.1.1 Alterações da proposta inicial

Primeiramente, houve a dificuldade para a simples inclusão da matéria na pauta da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Houve uma certa demora na escolha do relator da matéria em um primeiro instante e posteriormente na inclusão do Relatório para discussão e votação no plenário da Comissão.

Esta disposição pode ser percebida no seguinte discurso:

“O SR. JARBAS VASCONCELOS (Bloco/PMDB – PE. Pronuncia o seguinte discurso. Com revisão do orador.) – [...] Eu apresentei, em abril, a PEC nº 18, de 2013, que altera o art. 55 da Constituição Federal, para tornar automática a perda de mandato de Parlamentar condenado pelo Supremo Tribunal Federal por improbidade administrativa ou por crime contra a Administração Pública. Eu sugeri ao Senador Vital do Rêgo, Presidente da Comissão de Constituição e Justiça, que designasse o Senador Aloysio Nunes, relator da matéria, por ser um senador respeitado que não responde a nenhum processo no Supremo Tribunal Federal. Porém, o senador Vital do Rêgo designou o Líder do Governo, o Senador Eduardo Braga, relator da matéria. Sr^a Presidenta, Ana Amélia, que hora preside essa sessão, ambos faltaram com respeito a minha pessoa. Não falo pela minha história, mas como Senador e cidadão. Procurei os dois. O Presidente dizia que ia incluir a matéria na pauta da Comissão e o relator dizia que iria apresentar o seu relatório. Nenhum dos dois fez nada, num profundo desrespeito ao colega, colega de Partido, colega de representação popular, representantes de Estado, eu, de Pernambuco, um deles, da Paraíba, outro, do Amazonas. Por que não me disseram que não queriam relatar a matéria? Por que não me disseram que a matéria era inconveniente e ia de encontro com o espírito corporativo adotado aqui dentro? Diante disso, foi melhor designar um Relator, como o Líder do Governo, para “sentar em cima” da matéria e não relatar. E o Senado diz que tem uma agenda positiva? Lorota, pura lorota! Uma agenda positiva incluiria a PEC para acabar a excrescência de um Parlamentar, Deputado ou Senador, condenado, continuar dono do mandato, relatando matérias, fazendo discursos na Câmara e no Senado Federal.”¹⁰⁹

Apesar do descompasso entre a vontade do principal signatário da proposição e o presidente da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, a matéria foi pautada nesta

¹⁰⁸ BRASIL. SENADO FEDERAL. Diário do Senado Federal nº 103, de 2013. Disponível em:< <http://legis.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=18520>>. Acesso em: 12 set 2014.

¹⁰⁹ BRASIL. SENADO FEDERAL. Diário do Senado Federal nº 110, de 2013. Disponível em:< <http://legis.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=18566>>. Acesso em: 12 set 2014.

Comissão, tendo como relator o Senador Eduardo Braga, líder do Governo no Senado, o qual elaborou relatório com a adesão e rejeição de algumas emendas de integrantes da CCJ.

Este relatório, o qual foi aprovado pela CCJ, e, portanto, se tornou parecer desta Comissão, consiste na especificação dos casos de condenação transitada em julgado por crimes contra a Administração Pública que ocasionariam a perda automática do mandato parlamentar. Da mesma forma, não seria qualquer condenação por improbidade administrativa que teria esta consequência no âmbito do Poder Legislativo. Portanto, a proposta do Senador Eduardo Braga, aprovada pelo Plenário da CCJ, mostra-se mais especificativa que a matéria original, não que tal fato seja depreciativo, mas traz mais critérios à perda automática do mandato, evitando algumas possíveis anomalias jurídicas.

O Parecer da Comissão de Constituição e Justiça analisou algumas emendas, sendo estas totalizadas em quatro. A emenda nº 1 – CCJ, de autoria do Senador Antonio Carlos Rodrigues, sugeria a explicitação de que a perda do mandato parlamentar só se daria automaticamente, no caso de condenação por improbidade administrativa, se a decisão determinasse expressamente a imposição da pena de perda da função ou cargo. Ademais, esta emenda também propunha que a condenação por crimes hediondos ocasionasse na perda automática do mandato parlamentar.

Já o Senador Aloysio Nunes Ferreira propôs as Emendas nºs 2 e 3 –CCJ. A emenda nº 2 estabelecia que a declaração da perda do mandato pela Mesa da Casa a que o Parlamentar pertence deveria se dar no “prazo improrrogável de setenta e duas horas, a contar da comunicação do Poder Judiciário”. E a Emenda nº 3 previa que a perda do mandato deveria se dar, no caso da condenação por improbidade administrativa, quando a decisão suspendesse os direitos políticos, e não somente quando a perda do cargo for imposição da decisão. Outra sugestão desta emenda foi o estabelecimento da perda automática quando o efeito da condenação criminal seja a perda da função pública em sentido amplo. Outra emenda foi a nº4, de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares, que apenas incluía à proposta inicial a perda automática do mandato parlamentar quando houvesse a condenação por crimes de lavagem de dinheiro e os cometidos através de organizações criminosas.

Com estas sugestões, o relator da matéria fez por bem iniciar a análise pela Emenda nº3, uma vez que seu provimento prejudicaria outras duas emendas, o que ocorreu. Vejamos o parecer:

“Diferentemente, recomendamos a **aprovação da Emenda nº 3**, também apresentada pelo Senador Aloysio Nunes Ferreira. Com a incorporação da alteração sugerida pelo nobre Colega, encontra-se uma fórmula genérica que permita **estabelecer a perda automática do mandato sempre que for aplicada, no processo criminal, a perda do cargo, função ou mandato eletivo**. Consideramos, no entanto, que a extinção do mandato, em caso de improbidade, deve ocorrer *apenas* quando o Judiciário estabelecer a pena de perda da função, e não quando se impuser a suspensão dos direitos políticos.”¹¹⁰

Isto é, a partir do momento em que fica estabelecido que a automaticidade da perda do mandato se dará nas hipóteses em que a perda do mandato for decretada na decisão judicial como efeito da lei, as emendas 1 e 4 perdem seus objetos, visto que estas propunham a inclusão de crimes determinados para as hipóteses da perda do mandato eletivo. O art 92 do Código Penal estabelece que a perda do mandato eletivo se dará, quando se tratar de violação de dever com a Administração Pública, quando a condenação à pena privativa de liberdade for superior ou igual a 1(um) ano e quando a condenação à pena privativa de liberdade por qualquer outro crime for superior a 4 (quatro) anos. Sendo assim, as emendas 1 e 4 foram prejudicadas, visto que já estão albergadas pela sugestão aprovada da emenda nº 3.

Ainda no que tange à emenda nº3, a sugestão de estabelecer a perda automática do mandato nos casos em que haja a condenação por improbidade administrativa visaria a confirmação do que já expõe a Carta Magna na análise do Artigo 15, V, combinado com o Artigo 55, IV, §3. A rejeição à emenda neste ponto e a restrição da perda do mandato parlamentar aos casos em que assim fosse determinado na decisão judicial, representaria uma distinção entre os condenados por improbidade, entre os que tiveram a suspensão dos direitos políticos expressos ou não. Como já visto neste trabalho, o Art. 15, V, da Constituição Federal, estabelece que a suspensão dos direitos políticos ocorrerá quando houver condenação por improbidade administrativa, e em interpretação conjunta com o Art 55 §3º da Constituição Federal, a perda do mandato ocorreria como uma simples consequência da condenação, sendo apenas declarada pelo Casa Legislativa a que o parlamentar pertence. Ou seja, a perda do mandato será decidida pelo Judiciário como uma consequência específica do ato praticado pelo parlamentar, e não pela condenação por improbidade administrativa.

Já no que tange à emenda nº 2 – CCJ, a justificativa de sua rejeição não encontra respaldo na própria lógica constitucional acerca do tema, no relacionamento entre o STF e o Congresso Nacional. Argumenta o Relator, Senador Eduardo Braga, que a fixação de prazo

¹¹⁰ BRASIL. SENADO FEDERAL. COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA. Parecer nº 920, de 2013. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=112161> Acesso em: 30 ago 2014. (grifo nosso)

para a declaração da perda do mandato seria matéria de índole regimental, e, portanto, não merecia a aprovação da Comissão. Vejamos:

“Quanto ao mérito, opinamos pela **rejeição** da **Emenda nº 2**. Em primeiro lugar, entendemos que o prazo para a declaração da perda do cargo pela Mesa constitui matéria típica de disciplina regimental. Inserir-la na Constituição não se mostra, a nosso ver, conveniente. Além disso, o prazo já poderá ser fixado na própria decisão judicial. E, em último caso, eventual demora injustificada na declaração da perda do cargo de certo poderá ser atacada judicialmente, no caso concreto, pelo suplente interessado em ocupar a vaga, via mandado de segurança.”¹¹¹

Nesta análise do Relator, vislumbram-se dois pontos por ele atacados. O primeiro se refere a afirmativa de que a fixação do prazo de 72 horas, a contar da comunicação do Poder Judiciário sobre a condenação do Parlamentar ao Congresso Nacional, para que a Casa Legislativa declare a perda do mandato, seria de natureza regimental. Já o segundo argumento utilizado é relativo à possibilidade de o suplente ingressar pela via judicial para forçar a Casa legislativa a declarar a perda do mandato.

No que tange à fixação do prazo proposta, cabe destacar que a Constituição Federal estabelece alguns prazos a fim de dar celeridade e maior confiabilidade no trato com as regras ali dispostas. A título de exemplo, observe-se o disposto no Art. 53 da Carta Magna:

“Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

§ 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

§ 4º O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora.

§ 5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato.

§ 6º Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações.

§ 7º A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva.

§ 8º As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa

¹¹¹ BRASIL. SENADO FEDERAL. COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA. Parecer nº 920, de 2013. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=112161> Acesso em: 30 ago 2014.

respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida.”¹¹²

Percebe-se a Constituição Federal estabelece o prazo de vinte e quatro horas para que a autoridade policial remeta os autos da prisão em flagrante por crime inafiançável ao Congresso Nacional. Ademais, verifica-se que, dando o STF ciência do recebimento da denúncia à Câmara dos Deputados ou ao Senado Federal, conforme o caso, a Casa a que o parlamentar pertence deverá, caso assim deseje, através de iniciativa de partido político na Casa representado, sutar o andamento do processo no prazo de quarenta e cinco dias do recebimento do pedido na Mesa Diretora. Isto é, no mesmo artigo, no trato da responsabilidade penal de parlamentar, a Constituição Federal prescreve dois prazos fatais a serem seguidos. E estes prazos são de profunda importância do ponto de vista do respeito às instituições democráticas, de forma que dá a celeridade necessária à manutenção da ordem republicana, não deixando com que o tempo torne irreversível os efeitos da morosidade.

O segundo argumento que em que se baseia a rejeição à emenda nº2 mostra-se incabível na prática, visto que na enorme maioria dos casos, os suplentes dos parlamentares são do mesmo partido ou, no mínimo, da mesma coligação partidária, sendo, portanto, impensável visualizar-se um cenário em que um aliado impetre mandado de segurança para ver a declaração da perda do mandato do parlamentar condenado concretizada.

Portanto, as modificações trazidas pela Comissão de Constituição e Justiça mostram-se proveitosas, salvo a rejeição à fixação do prazo improrrogável para a declaração da perda do mandato, o que é um retrocesso sob o ponto da celeridade no processo de declaração da perda do mandato, e no respeito ao mandamento constitucional sem atrasos.

4.1.2 Aprovação da Proposta de Emenda à Constituição no Senado

Tendo sido instruída pelo parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, a Proposta de Emenda à Constituição foi incluída na pauta do Plenário do Senado a fim de ser discutida e votada em dois turnos, para obter *quórum* mínimo de três quintos para a aprovação, nos termos do que estabelece o Art. 60, §2º, da Constituição Federal.

¹¹² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 jan 2014.

Durante a discussão da matéria, na 153ª Sessão, Deliberativa Ordinária, ocorrida em 11 de setembro de 2013, o Senador Eduardo Braga, relator da matéria no âmbito da CCJ, tendo elaborado Substitutivo conjuntamente com os demais integrantes da Comissão, muito bem resumiu o conteúdo jurídico da Proposta de Emenda à Constituição nº18, de 2013, e o impacto político que esta mudança à sociedade brasileira:

“O SR. EDUARDO BRAGA (Bloco Maioria/PMDB – AM. Como Relator. Sem revisão do orador.) – Presidente Renan Calheiros, Srs. Senadores, Sr^{as} Senadoras, em primeiro lugar, quero estabelecer aqui, mais uma vez, o reconhecimento ao trabalho feito não apenas pelo Senador Jarbas Vasconcelos, autor desta proposta de emenda à Constituição, mas também pelos Senadores e Senadoras da Comissão de Constituição e Justiça, destacadamente, o Senador Aloysio Nunes Ferreira, Senador Pedro Taques, Senador Antonio Carlos Rodrigues, Senador Rodrigo Rollemberg, Senador Randolfe Rodrigues, que nos ajudaram neste debate e na construção do aprimoramento da PEC 18, através da apresentação desse substitutivo.

Esse substitutivo, Sr. Presidente, buscou primeiro pacificar toda a legislação que trata a matéria; segundo, deixar claro que a perda automática de mandato significava para a Mesa do Senado e para a Mesa da Câmara a obrigatoriedade de cumprir a decisão judicial quando a pena, de acordo com o art. 92 do Código Penal, fosse superior a quatro anos, assim assegurando que não se repetiria mais isso em nenhum momento no Congresso Nacional, muito menos nas assembleias legislativas e nas câmara municipais, que a partir daí terão o parâmetro da Constituição da República com relação à perda de mandato por decisão transitada em julgada. Portanto, creio que este é um marco histórico no Senado da República, um marco histórico no Congresso Nacional. E, como dissemos aqui no encerramento do debate, da discussão no primeiro período do nosso ano legislativo, deste período legislativo, exatamente estamos votando, já em setembro, esse substitutivo que garante transparência, garante comprometimento com o voto aberto para a cassação de mandatos, porque nesse substitutivo também se estabelece voto aberto para os casos em que os plenários do Senado e da Câmara tiverem que se manifestar pela cassação dos mandatos. Portanto, quero, mais uma vez aqui, reconhecer o esforço dos Srs. Senadores, das Sr^{as} Senadoras e dizer da importância da aprovação desta PEC para a sociedade brasileira, para a democracia brasileira e para o Congresso Nacional, Sr. Presidente, mais uma vez destacando o mérito da iniciativa do Senador Jarbas Vasconcelos na apresentação desta Proposta de Emenda Constitucional. Por isso, peço aos Srs. Senadores e às Sr^{as} Senadoras do Plenário do Senado a aprovação do substitutivo, para que possamos dar mais um exemplo do comprometimento com a transparência, com a ética e a não convivência na impunidade daqueles que tiveram condenação transitada em julgado com pena superior a quatro anos, Sr. Presidente.”¹¹³

Ademais, vale ressaltar o discurso do Senador Jarbas Vasconcelos, o primeiro signatário desta Proposta de Emenda à Constituição, durante a discussão da matéria:

“O SR. JARBAS VASCONCELOS (Bloco Maioria/PMDB – PE. Para encaminhar. Com revisão do orador.) – Sr. Presidente Renan Calheiros, Sr^{as} e Srs. Senadores, a PEC 18/2013, depois de uma tramitação um tanto tumultuada, deixa de ser de minha autoria, senador Jarbas Vasconcelos, para ser uma proposta do Senado Federal, daqueles que a subscreveram, daqueles que a apoiaram na Comissão de Constituição e Justiça e, evidentemente, daqueles que se manifestaram favoráveis ao longo do tempo.

¹¹³ BRASIL. SENADO FEDERAL. Diário do Senado Federal nº 144, de 2013. Disponível em:< <http://legis.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=18566>>. Acesso em: 12 set 2014. (**grifo nosso**)

É uma medida oportuna, que foi batizada de “PEC dos Mensaleiros” não contra partido A ou B ou contra grupos políticos, mas porque essa discussão surgiu durante o processo do mensalão, que ainda não foi concluído.

Na época, tanto o Ex-Presidente da Câmara dos Deputados, Marcos Maia, como o atual, Henrique Eduardo Alves, julgavam ser da Câmara a competência para cassar mandato de Deputados condenados pelo Supremo Tribunal Federal, enquanto o Supremo dizia ser competente para tal.

Por isso apresentei a PEC 18, que é simples, é de uma clareza muito grande. Ela determina que Deputados e Senadores condenados, em última instância, pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, a Corte maior do País, por improbidade administrativa ou crimes contra a administração pública, perca, automaticamente, o mandato parlamentar, não cabendo a Câmara ou ao Senado decidir sobre o assunto. Esse foi o objetivo: dirimir dúvidas e acabar com interpretações divergentes. Quero pedir a compreensão dos colegas, dos companheiros, das Senadoras, porquanto é quórum qualificado, precisamos de 49 votos favoráveis a matéria.

[...]

Quero agradecer ao relator da matéria, senador Eduardo Braga, que teve paciência de ouvir, de conversar, às vezes de suportar desentendimentos aqui no Plenário e na Comissão de Constituição e Justiça, mas levou a bom termo o resultado final.

Sr. Presidente, quero agradecer à Mesa, agradecer a V. Ex^a a iniciativa de ter colocado a matéria em votação, ao colégio de líderes e aos companheiros que estão aqui dizendo que essa emenda deixa de ser minha para ser uma emenda de todo o Senado Federal.

Muito obrigado.”¹¹⁴

Em que pese o discurso do Senador Jarbas Vasconcelos, já na discussão da matéria, se referir à PEC nº 18, de 2013, como sendo aquela que visa à perda automática do mandato daqueles que tenham sido condenados por crimes contra a Administração Pública ou por improbidade Administrativa, o substitutivo estabelece a perda do mandato automaticamente como efeito da condenação, nos termos do Art 92 do Código Penal, embora na ementa do Projeto aprovado no Senado também seja percebida essa imprecisão jurídica. Ou seja, não só quando houver condenação por crime contra a Administração Pública este efeito estará presente na decisão, mas também quando existir condenação por outros crimes cuja pena privativa de liberdade seja superior a quatro anos.

Assim, em meio a um debate consensual no Plenário do Senado, haja vista que, em se tratando de matéria com votação aberta e nominal, a rejeição à proposta não seria bem recebida pela imprensa e pelo eleitorado, a PEC foi aprovada, em primeiro turno, por 69 votos a favor e somente 1 voto contrário, e, em segundo turno, por 61 votos a favor e 1 contrário. É a seguinte à matéria aprovada no Senado e remetida à Câmara dos Deputados:

“Altera o art. 55 da Constituição Federal para tornar automática a perda do mandato de parlamentar nas hipóteses de improbidade administrativa ou de

¹¹⁴ BRASIL. SENADO FEDERAL. Diário do Senado Federal nº 144, de 2013. Disponível em:< <http://legis.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=18566>>. Acesso em: 12 set 2014. (**grifo nosso**)

condenação por crime contra a
Administração Pública.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O art. 55 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 55.

.....

§ 2º Nos casos dos incisos I, II e VI do *caput*, ressalvado o previsto no inciso II do § 3º, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto da maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 3º A perda do mandato será declarada pela Mesa da Casa respectiva:

I – nos casos previstos nos incisos III a V do *caput*, ressalvado o previsto no inciso II deste parágrafo, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa;

II – nas hipóteses dos incisos IV e VI do *caput*, imediatamente, mediante comunicação do Poder Judiciário, após o trânsito em julgado:

a) pela prática de improbidade administrativa, quando imposta a pena de perda do cargo ou da função pública;

b) quando a condenação criminal tenha por efeito a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, nas hipóteses previstas em lei.

.....” (NR)

Art. 2º Esta Emenda à Constituição entra em vigor na data de sua publicação.”¹¹⁵

Desta forma, o primeiro passo para a mudança constitucional já foi dado, o Senado Federal aprovou a matéria e a remeteu à Câmara dos Deputados. Nesta Casa, a Proposta de Emenda à Constituição nº 313/2013 (nº18/2013, no Senado Federal) recebeu parecer favorável de Comissão Especial destinada a apreciar a matéria. Vejamos parte do parecer:

“Como é do conhecimento geral, a matéria objeto das proposições em análise tem suscitado grande controvérsia doutrinária e oscilação jurisprudencial sobre qual seria a melhor interpretação constitucional relativamente a quem compete declarar a perda de mandato parlamentar, se a Câmara a que pertence o parlamentar ou se ao Poder Judiciário e em que hipóteses ocorreriam a declaração.

Em 17.12.2012, o Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar a Ação Penal nº 470/MG alterou a jurisprudência até então dominante, decidindo por cinco votos a quatro que a perda do cargo seria automática após o trânsito em julgado do processo. A razão de ser dessa nova interpretação é que, sendo o réu parlamentar, a perda de mandato seria acessória, podendo, assim, ser imposta pelo órgão julgador, cabendo à Casa Legislativa tão-somente cumprir a decisão judicial.

Contudo, em 08.08. 2013, em sua composição plena, o STF refluíu e voltou a abraçar a antiga jurisprudência, ou seja, que a perda de mandato não consiste em pena acessória, mas como efeito da condenação. Dessa forma, decidiu que cabe ao Congresso definir o destino do mandato de um parlamentar condenado.

¹¹⁵ BRASIL. SENADO FEDERAL. Proposta de Emenda à Constituição nº 18, de 2013. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=112161>. Acesso em: 20 set 2014.

Apesar dessa última decisão, pelas controversas opiniões de doutrinadores e magistrados divulgadas pela mídia, constata-se que a questão está longe de ser pacificada no âmbito da Suprema Corte, justificando, assim, que o Congresso Nacional tome à frente dessa discussão e por meio de uma emenda constitucional esclareça os conflitos existentes no atual Texto Constitucional.

Nesse sentido, ao analisar as duas Propostas, parece-me que a iniciativa que melhor se aproxima de uma solução ideal é a construção engendrada pelo Senado Federal.”¹¹⁶

Portanto, verifica-se que os Deputados integrantes da Comissão supracitada acompanharam o entendimento que tinha sido aprovado no Plenário do Senado Federal, demonstrando a sintonia do Congresso Nacional para clarear o aparente conflito constitucional, restando ao Plenário da Câmara dos Deputados aprovar a PEC.

¹¹⁶ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Parecer da Comissão Especial destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição nº 313-A, de 2013, do Senado Federal. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos?jsessionid=D2BC64689003E846AD0F18E3DDB1A3CC.proposicoesWeb2?idProposicao=591925>. Acesso em: 23 set 2014.

CONCLUSÃO

Na realidade jurídica que tem se mostrado em Estados democráticos, há a premente necessidade de uma forte Corte Constitucional, a fim de que sejam evitados abusos pelos outros Poderes. Nesse sentido, o Presidencialismo de coalizão e a carência de representatividade dos Parlamentares potencializam esta necessidade, uma vez que o Executivo e o Legislativo empregam suas intenções na mesma direção, de forma que há uma concentração de poderes advinda desta cisão.

O STF é o principal órgão competente para operacionalizar princípios esculpidos na Constituição Federal, mesmo que a aplicação destes princípios venha a ser frontalmente contrários a regras literalmente expressas. Existindo a possibilidade de outra interpretação, que se alinhe a Princípios constitucionais, ela deverá ser considerada, atentando-se ao fato de que a interpretação, seja ela gramatical, histórica, teleológica ou sistemática, também é fonte criadora do direito.

A variedade de situações fáticas devida às complexas relações jurídicas atuais exige cada vez mais que os juízes tenham mais maleabilidade interpretativa na aplicação das normas para a obtenção da solução mais justa. E isto é apenas o exercício de hermenêutica oriundo da atividade jurídica, não devendo se falar em ativismo judicial quando a própria Constituição alberga outra interpretação que fortalece a democracia e as instituições republicanas.

A decisão de uma das Casas do Legislativo que venha a manter o mandato do parlamentar condenado criminalmente é atentatória ao Princípio Republicano, pois deixa a coisa pública à mercê de quem utilizou o mandato para benefício próprio. A natureza do mandato parlamentar é a de representar o interesse público, pois foi o povo quem lhe outorgou a representação, mostrando-se paradoxal a manutenção do mandato parlamentar de quem comprovadamente beneficiou-se das prerrogativas constitucionais e republicanas para satisfazer a interesses particulares, rompendo-se a fé pública na representatividade do povo por meio do parlamentar condenado.

Outrossim, o ordenamento jurídico pátrio, através do artigo 92 do Código Penal, estabelece os efeitos específicos da condenação criminal transitada em julgado com o intuito de evitar que o agente público se utilize de sua função para continuar causando danos ao interesse público. Tendo estes efeitos, inclusive, a natureza de inviabilizar situações em que a prática criminosa se torne mais atrativa pela facilidade que se alcança diante da permanência

do condenado na função pública. Nesse contexto, a aplicação literal da Constituição, em detrimento da norma penal que protege a coisa pública, contraria também o Princípio Republicano, ferindo um princípio basilar do Estado Constitucional de Direito.

Portanto, a perda automática do mandato parlamentar mostra-se compatível com o Estado democrático de Direito, cuja essência reside na representação do povo pelos Parlamentares com o fim de buscar o melhor interesse para a coletividade. Ademais, o STF é o garantidor da aplicação de princípios constitucionais ao caso concreto, devendo determinar a concretude do Princípio Republicano, criando judicialmente o Direito e impedindo o paradoxo constitucional que atualmente se defende majoritariamente no STF.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

ANDRADA, Bonifácio de. *A perda do mandato: Câmara dos Deputados e Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.650/DF. VOTO*. Disponível em: < <http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/ADI-4650-voto-LRB.pdf>>. Acesso em: 30 set 2014.

_____. *Judicialização, Ativismo Judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: < http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 30 set 2014.

_____. *Novo Direito Constitucional Brasileiro: Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Parecer da Comissão Especial destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição nº 313-A, de 2013, do Senado Federal. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos;jsessionid=D2BC64689003E846AD0F18E3DDB1A3CC.proposicoesWeb2?idProposicao=591925>. Acesso em: 23 set 2014.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 10 jan 2014.

_____. *Lei 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm> Acesso em 10 jan 2014.

_____. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 15 set 2014.

_____. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 20 ago 2014.

_____. SENADO FEDERAL. COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA. Parecer nº 920, de 2013. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=112161> Acesso em: 30 ago 2014.

_____. SENADO FEDERAL. Diário do Senado Federal nº 49, de 2013. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=15800>>. Acesso em: 15 set 2014

_____. SENADO FEDERAL. Diário do Senado Federal nº 144, de 2013. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=18566>>. Acesso em: 12 set 2014.

_____. SENADO FEDERAL. Proposta de Emenda à Constituição nº 18/2013. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=112161> Acesso em: 22 set 2014.

_____. SENADO FEDERAL. *Resolução nº 03, de 8 de março de 2013*. Institui as sessões de debates temáticos no Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=124530&tp=1>> Acesso em: 15 abr 2014.

_____. SENADO FEDERAL. *Resolução nº 93, de 1970*. Regimento Interno do Senado Federal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/regsf/RegInternoSF_Vol1.pdf> Acesso em: 15 abr 2014.

_____. SENADO FEDERAL. Proposta de Emenda à Constituição nº 18, de 2013. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=112161>. Acesso em: 20 set 2014.

_____. *Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 9 set 2014.

_____. *Lei nº 8429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm> Acesso em: 12 set 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal*. Perda do mandato eletivo. Competência do Supremo Tribunal Federal. Ausência de violação do princípio da separação de poderes e funções. Exercício da função jurisdicional. Condenação dos réus detentores de mandato eletivo pela prática de crimes contra a administração pública. Pena aplicada nos termos estabelecidos na legislação penal pertinente. Plenário. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Réus titulares de mandato eletivo. Voto vencido: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 18 de abril de 2013. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/ementa-acordao-mensalao.pdf>>. Acesso em: 21 set 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal*. AP 470-Minas Gerais. Plenário. Autor: Ministério Público Federal. Réu: José Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Revisor: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 17, de dezembro de 2012. Disponível

em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/ap470mandatorl.pdf>>. Acesso em: 11 set 2006.

CALIMAN, Auro Augusto. *Mandato Parlamentar: Aquisição e Perda Antecipada*. São Paulo: Atlas, 2005.

CALMON, Sacha. Cassação de mandato legislativo. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI185720,61044> Cassacao+de+mandato+legislativo> Acesso em: 6 set. 2013.

CARVALHO, Jeferson Moreira de. *Suspensão dos direitos políticos é auto-executável*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-17/jeferson-carvalho-suspensao-direitos-politicos-auto-executavel>>. Acesso em 23 ago. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ativismo Judicial e Política. *Revista Jurídica Consulex*. Seção Ciência Jurídica em Foco. Edição 307, de 30/10/2010.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros. p. 329.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>> Acesso em: 10 set 2014.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. Parte Geral. 31 ed. Saraiva: São Paulo, 2010.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Tradução: Leandro Farina. 2 ed. São Paulo: Minelli, 2005.

LOHN, Fernanda. *O Supremo Tribunal Federal é uma Corte Constitucional ?* Disponível em:< <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-supremo-tribunal-federal-e-uma-corte-constitucional>> Acesso em: 30 set 2014.

MARQUES, Hugo. Gravações comprovam: CPI da Petrobras foi uma grande farsa. *VEJA*. Disponível em:<<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/gravacoes-comprovam-cpi-da-petrobras-foi-uma-grande-farsa>> Acesso em: 19 ago 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MOISÉS, Álvaro José. *O papel do Congresso Nacional no presidencialismo de coalizão*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242412>>. Acesso em: 1 out 2014.

MORAES, Alexandre de. *Condenação criminal e suspensão dos direitos políticos*.

Disponível em:

<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CDMQFjAB&url=http%3A%2F%2Fmpac.mp.br%2F%3Fdl_id%3D1269&ei=Ep0_UvGZLofW8gTH_oCACA&usg=AFQjCNEhusx795VizY0jTfO9fHuENRLn4Q> Acesso em: 22 set. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Direito Penal*. Parte Geral e Especial. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Direito Penal*. Parte Geral e Especial. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PAZZAGLINI FILHO, Marinho; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PEDRA, Adriano San'tana. *A Constituição viva: Poder Constituinte Permanente e Cláusulas pétreas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo. Saraiva, 2014.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Parte Geral do Código Penal – Nova interpretação*. São Paulo: RT, 1988.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2009.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional*. Brasil: Malheiros editores, 2005.

STRECK, Lênio. Lênio Streck: 'A PEC 37 é feita para punir os acertos do Ministério Público'. *Veja*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/lenio-streck-a-pec-37-e-feita-para-punir-os-acertos-do-ministerio-publico>> Acesso em: 22 ago. 2013.

TELES FILHO, Eliardo. *Perda automática de mandato parlamentar não é ativismo*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-17/observatorio-constitucional-submeter-legislativo-decisoes-ativismo>>. Acesso em: 22 ago. 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Direitos Políticos – perda, suspensão e controle jurisdicional*. Revista de Processo nº 85, do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Jan-Mar de 1997.